

Stephan Ebner  
Der Prozessbetrug im Zivilprozess



# Der Prozessbetrug im Zivilprozess

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Stephan Ebnetter

von

Appenzell AI

genehmigt auf Antrag von  
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers  
und  
Prof. Dr. Ulrich Haas

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 25. Mai 2016

Die Dekanin:  
Prof. Dr. Christine Kaufmann

Die gleiche Arbeit ist bei Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, erschienen als Band 93 der Reihe

«Zürcher Studien zum Strafrecht»

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

M & P



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
-----------------------------	----

Literaturverzeichnis .....	XXVII
----------------------------	-------

Materialienverzeichnis .....	XLIX
------------------------------	------

<b>1. Kapitel: Grundlegung.....</b>	<b>1</b>
-------------------------------------	----------

I. Einführung in die Problemstellung .....	1
II. Beispiele aus der Praxis.....	3
1. «École de Bénédictines» .....	4
2. «Gerichtsentscheidungen».....	4
3. «Dreiste Märchen» .....	5
4. «Kontaktmagazin Cocktail» .....	5
5. «P. und K.» .....	6
6. «Investitionen» .....	6
7. «Büromaschine» .....	7
8. «ABS/ESP» .....	7
9. «Schlechter Chaib».....	8
10. «Margrith-Ernst-Gustav» .....	9
11. «Ungedeckter Check» .....	9
12. «GmbH» .....	10
13. «Lohnblatt» .....	11
14. «Farbanschläge» .....	11
15. «Nel frattempo deceduta» .....	12
16. «Frau Sp.» .....	12
17. «Naviculare links».....	13
III. Gegenstand der Studie .....	14

<b>2. Kapitel: Strafbarkeit nach Art. 146 StGB.....</b>	<b>17</b>
---	-----------

I. Objektiver Tatbestand.....	17
1. Tathandlung .....	18
A. Irreführung durch Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen .....	18
a) Unzutreffende Tatsachenbehauptungen.....	20

aa)	Sachumstände.....	21
bb)	Rechtsbegriffe .....	21
cc)	Mutmassungen .....	22
dd)	Implikationen .....	23
b)	Unvollständige Darstellung des Sachverhalts .....	24
c)	Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen.....	26
d)	Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen.....	28
e)	Rechtliche Begründung .....	29
f)	Begehung durch Unterlassen .....	30
aa)	Veränderte tatsächliche Umstände .....	31
bb)	Neue Erkenntnisse.....	32
cc)	Fehlende Erklärung .....	32
B.	Bestärken in einem Irrtum .....	39
C.	Zwischenfazit.....	40
2.	Arglist.....	41
A.	Unzutreffende Tatsachenbehauptungen .....	45
a)	Lügengebäude.....	45
b)	Besondere Machenschaften .....	46
aa)	Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel.....	46
bb)	Andere Inszenierungen.....	53
c)	Besondere Umstände .....	54
B.	Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen .....	55
C.	Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen .....	55
D.	Zwischenfazit.....	56
3.	Irrtum.....	57
A.	Das Gericht als vom Irrtum betroffenes Organ .....	58
B.	Entscheidungsgrundlage .....	59
a)	Bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptungen.....	60
b)	Beweislose unzutreffende Tatsachenbehauptungen.....	61
c)	Unstreitige unzutreffende Tatsachenbehauptungen.....	62
d)	Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen.....	63



e)	Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen.....	64
C.	Zwischenfazit.....	65
4.	Vermögensverfügung.....	66
A.	Verfügmngsmacht .....	66
B.	Verfügungsfreiheit .....	77
C.	Kausal- und Motivationszusammenhang.....	80
D.	Zwischenfazit.....	81
5.	Vermögensschaden .....	82
A.	Rechtlicher Schutz .....	84
B.	Wirtschaftlicher Wert und Schaden .....	86
a)	Endentscheide in der Sache .....	88
aa)	Leistungsentscheide .....	88
bb)	Feststellungsentscheide .....	94
cc)	Gestaltungsentscheide .....	95
b)	Zwischenentscheide in der Sache .....	96
c)	Prozessentscheide .....	97
d)	Prozessleitende Verfügungen.....	99
aa)	Beweisverfügungen.....	100
bb)	Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten .....	100
cc)	Entscheide über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege .....	103
dd)	Entscheide über Gesuche um Fristerstreckung, Terminverschiebung, Wiederherstellung .....	104
e)	Realakte .....	105
aa)	Im Allgemeinen .....	106
bb)	Abschreibung zufolge Vergleichs, Klageanerkennung, Klagerückzugs.....	106
f)	Kostenentscheide .....	108
g)	Zwischenfazit .....	109
C.	Schadensbemessung .....	109
D.	Kausalzusammenhang .....	113
6.	Zwischenfazit .....	113
II.	Subjektiver Tatbestand.....	114
1.	Vorsatz .....	115
A.	In Bezug auf die Tathandlung.....	115
B.	In Bezug auf die Arglist.....	116

C.	In Bezug auf den Irrtum.....	117
D.	In Bezug auf die Vermögensverfügung .....	117
E.	In Bezug auf den Vermögensschaden .....	118
2.	Absicht unrechtmässiger Bereicherung.....	119
A.	Stoffgleiche Bereicherung .....	119
B.	Unrechtmässigkeit .....	121
C.	Absicht.....	123
a)	Selbsthilfebetrug im engeren Sinn.....	123
b)	Selbsthilfebetrug im weiteren Sinn .....	124
III.	Ergebnisse des 2. Kapitels .....	128
<b>3. Kapitel: Strafbarkeit nach anderen Straftatbeständen.....</b>		<b>131</b>
I.	Arglistige Vermögensschädigung .....	131
II.	Strafbare Handlungen gegen die Ehre .....	131
1.	Rechtfertigung ehrverletzender Äusserungen der Partei .....	132
2.	Rechtfertigung ehrverletzender Äusserungen des Rechtsanwalts.....	134
3.	Zwischenfazit .....	139
III.	Urkundenfälschung.....	139
1.	Die strafrechtliche Urkunde .....	140
A.	Im Allgemeinen .....	140
a)	Schrifturkunde .....	140
b)	Zeichenurkunde .....	144
c)	Computerurkunde.....	145
B.	Im Zivilprozess .....	146
a)	Eingaben.....	147
b)	Protokolle .....	148
c)	Beweismittel .....	148
aa)	Zeugnis (Art. 168 Abs. 1 lit. a ZPO) .....	149
bb)	Urkunde (Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO).....	149
cc)	Augenschein (Art. 168 Abs. 1 lit. c ZPO) .....	150
dd)	Gutachten (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO) .....	151
ee)	Schriftliche Auskunft (Art. 168 Abs. 1 lit. e ZPO).....	151
ff)	Parteibefragung und Beweisaussage (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO) .....	152
d)	Gerichtlicher Entscheid .....	152
e)	Zwischenfazit .....	153

2. Einzelne Tatbestände .....	153
A. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) .....	153
a) Urkundenfälschung im engeren Sinn .....	154
aa) Objektiver Tatbestand .....	154
bb) Subjektiver Tatbestand .....	155
b) Falschbeurkundung .....	161
aa) Objektiver Tatbestand .....	161
bb) Subjektiver Tatbestand .....	167
c) Gebrauchmachen .....	167
aa) Objektiver Tatbestand .....	168
bb) Subjektiver Tatbestand .....	168
d) Täterschaft und Teilnahme der Partei .....	168
aa) Hinsichtlich der Urkundenfälschung im engeren Sinn .....	169
bb) Hinsichtlich der Falschbeurkundung .....	169
cc) Hinsichtlich des Gebrauchmachens .....	170
B. Unterdrückung von Urkunden (Art. 254 StGB) .....	170
a) Objektiver Tatbestand .....	171
aa) Tatobjekt .....	171
bb) Tathandlung .....	173
b) Subjektiver Tatbestand .....	178
3. Zwischenfazit .....	178
IV. Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege .....	180
1. Falsche Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB) .....	181
A. Objektiver Tatbestand .....	182
a) Partei in einem Zivilrechtsverfahren .....	182
b) Falsche Beweisaussage zur Sache .....	182
aa) Beweisaussage .....	182
bb) «Zur Sache» .....	184
cc) Falschheit .....	185
B. Subjektiver Tatbestand .....	188
C. Objektive Strafbarkeitsbedingungen .....	189
a) Wahrung der zivilprozessualen Grenzen und Formen .....	190
b) Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen .....	192
D. Vollendung und strafbarer Versuch .....	193

2.	Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung (Art. 307 StGB).....	197
A.	Falsches Zeugnis.....	197
c)	Objektiver Tatbestand.....	197
d)	Subjektiver Tatbestand .....	198
e)	Objektive Strafbarkeitsbedingungen .....	198
f)	Vollendung und strafbarer Versuch.....	202
B.	Falsches Gutachten .....	202
C.	Falsche Übersetzung.....	203
3.	Zwischenfazit .....	205
V.	Ergebnisse des 3. Kapitels .....	205
<b>4.</b>	<b>Kapitel: Andere Sanktionierung.....</b>	<b>207</b>
I.	Zivilprozessuale Sanktionierung .....	208
1.	Bewusst unwahre Tatsachenbehauptung und Bestreitung wissentlich wahrer Tatsachenbehauptungen.....	208
A.	Objektive Voraussetzungen.....	208
B.	Subjektive Voraussetzungen .....	210
C.	Sanktionen .....	213
a)	Unwirksamkeit .....	213
b)	Kostenerhebung und -auferlegung .....	214
c)	Verweis .....	215
d)	Ordnungsbusse .....	216
D.	Zwischenfazit.....	216
2.	Beweisvereitelung .....	216
A.	Objektive Voraussetzungen.....	217
B.	Subjektive Voraussetzungen .....	219
a)	Vorsatz .....	219
b)	Fahrlässige Begehung.....	219
C.	Unwerturteil.....	220
D.	Sanktionen .....	220
a)	Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung.....	221
b)	Reduktion des Beweismasses.....	221
c)	Umkehr der Beweislast.....	222
E.	Zwischenfazit.....	224
3.	Falschaussage bei der Parteibefragung (Art. 191 Abs. 2 ZPO).....	224
A.	Objektiver Tatbestand .....	225
B.	Subjektiver Tatbestand.....	225

C. Sanktion: Ordnungsbusse .....	227
4. Zwischenfazit .....	227
II. Aufsichtsrechtliche Sanktionierung.....	228
1. Interessenwahrung mit rechtlich unzulässigen Mitteln .....	229
A. Strafrechtswidriges Verhalten .....	229
B. Zivilprozessrechtswidriges Verhalten .....	230
2. Eigenständige Tatbestände der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA .....	231
3. Zwischenfazit .....	233
III. «Konkurrenzen» .....	233
IV. Ergebnisse des 4. Kapitels .....	234
<b>5. Kapitel: Prozessbetrug – de lege ferenda.....</b>	<b>237</b>
I. Keine erhebliche Strafbarkeitslücke .....	237
1. Rechtsgut .....	237
2. Strafrechtlicher Schutz .....	238
A. Eignung .....	239
B. Erforderlichkeit und Zumutbarkeit .....	239
a) Vorschlag Piech .....	240
b) Eigene Stellungnahme .....	242
II. Fazit .....	245



## Abkürzungsverzeichnis

a	alt
A	Republik Österreich
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung/am Main
aaZPO/ZH	Gesetz betreffend den Zivilprozeß (Zivilprozeßordnung) vom 13. April 1913
AB	Amtliches Bulletin
abl.	ablehnend
ABS	Antiblockiersystem
Abs.	Absatz
aBStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934
abw.	abweichend
AG	Kanton Aargau/Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
al.	alii/alinea
aLAVI	siehe aOHG
aLPC/GE	Loi de procédure civile (LPC) du 10 avril 1987
Alt.	Alternative
Angekl.	Angeklagter
Anm.	Anmerkung
AnwR	Anwaltsrevue (Bern)
aOG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943
aOHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 4. Oktober 1991
aPPF	siehe aBStP
AppGer	Appellationsgericht

## Abkürzungsverzeichnis

---

art.	article/articolo
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
aZPO/AG	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984
aZPO/ZH	Zivilprozessordnung (ZPO) vom 13. Juni 1976
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
Begr.	Begründer
BezAnw	Bezirksanwaltschaft
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Bern)
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Köln)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Reinach)
BK ZGB 1962	Becker Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BEARBEITER, BK ZGB 1962, Art. ... N ...)



BK ZGB 2012	Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZGB 2012, Art. ... N ...)
BK ZPO I	Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZPO I, Art. ... N ...)
BK ZPO II	Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Artikel 150–352 ZPO, Artikel 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZPO II, Art. ... N ...)
BL	Kanton Basel-Landschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK BGG	Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK BGG, Art. ... N ...)
BSK OR II	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BEARBEITER, BSK OR II, Art. ... N ...)
BSK SchKG I	Stahelin Adrian/Bauer Thomas/Stahelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BEARBEITER, BSK SchKG I, Art. ... N ...)
BSK StGB I	Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB I, Art. ... [Abs. ...] N ...)

## Abkürzungsverzeichnis

---

BSK StGB II	Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB II, Art. ... N ...)
BSK WPR	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965–1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a–108d IPRG, Basel 2012 (zit. BEARBEITER, BSK WPR, Art. ... OR N ...)
BSK ZGB I	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB I, Art. ... N ...)
BSK ZPO	Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO, Art. ... N ...)
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern)
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (Zürich)
CC	siehe ZGB
CP	siehe StGB
CPC	siehe ZPO
CR CC I	Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010 (zit. BEARBEITER, CR CC I, Art. ... N ...)
CR CP I	Roth Robert/Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, Basel 2009 (zit. BEARBEITER, CR CP I, Art. ... [al. ...] N ...)

CR LLCA	Valticos Michel/Reiser Christian M./Chappuis Benoît (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur les avocats, Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Basel 2010 (zit. BEARBEITER, CR LLCA, Art. ... N ...)
D	Bundesrepublik Deutschland
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DK ZPO	Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. BEARBEITER, DK ZPO, Art. ... N ...)
Dr.	Doktor
E-ZPO	Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7413 ff.
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EEG	Elektroenzephalogramm
EKG	Elektrokardiogramm
ESP	elektronisches Stabilitätsprogramm
etc.	et cetera
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FP	forumpoenale (Bern)
FR	Kanton Freiburg
Fr.	Franken
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (Freiburg i.Üe.)
GE	Kanton Genf
GebV OG/ZH	Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (LS 211.11)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich/St. Gallen)

## Abkürzungsverzeichnis

---

gewerbl.	gewerblich
GKV/SG	Gerichtskostenverordnung des Kantons St. Gallen vom 9. Dezember 2010 (sGS 941.12)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010 (LS 211.1)
GR	Kanton Graubünden
GVP ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug (Zug)
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
HK ZGB	Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER, HK ZGB, Art. ... N ...)
Hrsg.	Herausgeber
HWP	Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014 (zit. HWP, S. ...)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinn/in Sachen
i.S.v.	im Sinn von
i.Üe.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
IAS	International Accounting Standard
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
ius.full	ius.full, Forum für juristische Bildung (Zürich)
IV	Invalidenversicherung
JBl	Juristische Blätter (Wien)
XX	

jmd.	jemand
jmds.	jemand's
JR	Juristische Rundschau (Berlin/Boston)
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG) vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
JURA	JURA, Juristische Ausbildung (Berlin)
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Referendariat (München)
Jusletter	www.jusletter.weblaw.ch
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
Komm. <sup>2</sup> BRAO	Henssler Martin/Prütting Hanns (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln, Kommentar, 2. Aufl., München 2004 (zit. BEARBEITER, Komm. <sup>2</sup> BRAO, § ... N ...)
KrimGer	Kriminalgericht
Kriminalistik	Kriminalistik, Unabhängige Zeitschrift für die kriminalistische Wissenschaft und Praxis (Heidelberg)
krit.	kritisch
KUKO ZGB	Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Basel 2012 (zit. BEARBEITER, KUKO ZGB, Art. ... N ...)
KUKO ZPO	Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, KUKO ZPO, Art. ... N ...)
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera

## Abkürzungsverzeichnis

---

LK StGB/D IX/I	Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Neunter Band, §§ 263 bis 283d, 1. Teilband, §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., Berlin/Boston 2012 (zit. BEARBEITER, LK StGB/D IX/I, § ... N ...)
LK StGB/D IX/II	Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Neunter Band, §§ 263 bis 283d, 2. Teilband, §§ 267 bis 283d, 12. Aufl., Berlin 2009 (zit. BEARBEITER, LK StGB/D IX/II, § ... N ...)
LK <sup>10</sup> StGB/D VI	Jescheck Hans-Heinrich/Ruß Wolfgang/Willms Günther (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Sechster Band, §§ 263 bis 302 a, 10. Aufl., Berlin/New York 1988 (zit. BEARBEITER, LK <sup>10</sup> StGB/D VI, § ... N ...)
LLCA	siehe BGFA
LS	Loseblattsammlung
LTF	siehe BGG
LU	Kanton Luzern
m	Meter
m.	mit
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MüKo StGB/D V	Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, §§ 263–358 StGB, München 2014 (zit. BEARBEITER, MüKo StGB/D V, § ... N ...)
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
Nov.	November
Nr.	Nummer/Nummern
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
Okt.	Oktober
XXII	

OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PC CP	Dupuis Michel/Geller Bernard/Monnier Gilles/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Bettex Christian/Stoll Daniel (Hrsg.), Petit Commentaire, CP, Code pénal, Basel 2012 (zit. DUPUIS et al., PC CP, Art. ... N ...)
PJA	siehe AJP
PK StGB	Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen (zit. BEARBEITER, PK StGB, Art. ... N ...)
Pkw	Personenkraftwagen
Pra	Die Praxis (Basel/Genf/München)
Prof.	Professor
RBKG SZ	Rechenschaftsbericht des Kantonsgerichtes (Schwyz)
RBOG TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat (Frauenfeld)
RBRP UR	Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri (Altdorf)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Berlin)
RStrS	Rechtsprechung in Strafsachen (Bern)
S	Ständerat
S.	Seite
s.l.	sine loco
s.n.	sine nomine
Sachv.	Sachverhalt
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1)
Sept.	September
SG	Kanton St. Gallen

## Abkürzungsverzeichnis

---

sGS	systematische Gesetzessammlung
SHK ZPO	Baker & M <sup>c</sup> Kenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. BEARBEITER, SHK ZPO, Art. ... N ...)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK StGB/D	Wolter Jürgen (Hrsg.), SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V, §§ 267–323c StGB, 8. Aufl., Köln 2013 (Loseblattwerk; zit. BEARBEITER, SK StGB/D, § ... N ...)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder, Monatsschrift für Wirtschaftsprüfung, Rechnungswesen, Unternehmens- und Steuerberatung (Zürich)
St.	Sankt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB/A	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (BGBl. Nr. 60/1974, Stand: BGBl. I Nr. 113/2015)
StGB/D	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2177) geändert worden ist
StGer	Strafgericht
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StR	Strafsenat
Str.-G.-B.	Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich vom 6. Dezember 1897
StrGB	siehe StGB
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
Syn.	Synonym
SZ	Kanton Schwyz



SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TG	Kanton Thurgau
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts (Zürich)
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
UR	Kanton Uri
usw.	und so weiter
v.	vom
v.a.	vor allem
VD	Kanton Waadt
VE-StGB	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Expertenkommission, April 1908, Bern 1909
VE-ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003 ( <a href="http://www.bj.admin.ch">www.bj.admin.ch</a> > Staat & Bürger > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts)
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
VwGer	Verwaltungsgericht
WK StGB/A	Höpfel Frank/Ratz Eckart (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien (Lieferungswerk; zit. BEARBEITER, WK StGB/A, § ... N ...)
Z.-P.-O.	siehe aaZPO/ZH
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer

## Abkürzungsverzeichnis

---

zit.	zitiert
ZK BGFA	Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BEARBEITER, ZK BGFA, Art. ... N ...)
ZK OR V 1a	Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, Zürich 1973 (zit. BEARBEITER, ZK OR V 1a, Art. ... N ...)
ZK ZPO	Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. BEARBEITER, ZK ZPO, Art. ... N ...)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPO/D	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2018) geändert worden ist
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, mit Auslandsrundschau (Berlin)
z.T.	zum Teil
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)

## Literaturverzeichnis

- ABBET STÉPHANE, Le principe de la bonne foi en procédure civile, SJ 2010 II, S. 221 ff.
- ACKERMANN JÜRGEN-BEAT/D'ADDARIO DI PAOLO GABRIELLA, Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Bern 2009, S. 1085 ff.
- AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern/Stuttgart/Wien 1994 (zugl. Diss. Hochschule St. Gallen 1993)
- AFFOLTER-EIJSTEN HEIDI, Die Absicht im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Willensmomentes und des Motives, Diss. Univ. Zürich 1983
- ANDEREGG BRUNO, Die Urkundenfälschung des 11. Titels des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Univ. Zürich 1944
- ARDINAY HENRI, Der Betrug nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1970, S. 225 ff.
- ARZT GUNTHER, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 17.10.1996, 4 StR 389/96 (BGHSt 42, 268), JR 1997, S. 468 ff.
- ATHANASOPOULOS IOANNIS, Fehlbare Leistungserbringer in der Krankenversicherung, Von der Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes bis zum Betrug, Zürich/Basel/Genf 2013 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. BEARBEITER, SHK ZPO, Art. ... N ...)
- BAUMGÄRTEL GOTTFRIED, Die Beweisvereitelung im Zivilprozeß, in: Rechterberger Walter H./Welser Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht – Privatrecht, Wien 1986, S. 63 ff.
- Becker Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BEARBEITER, BK ZGB 1962, Art. ... N ...)
- BEGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996 I, S. 469 ff.

- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008 (zugl. Diss. Univ. Bern 2007)
- BERLINGER ADRIAN, Privater Zeugenkontakt des Strafverteidigers, FP 2012, S. 82 ff.
- BERNHART CHRISTOF, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, Ein Handbuch zum Anwaltsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2011
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011
- BERTOSSA BERNARD/GAILLARD LOUIS/GUYET JACQUES/SCHMIDT ANDRÉ, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Volume I, Art. 1 à 152, Chêne-Bourg/Genève 2000 (Lo-seblattwerk)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Basel 2011 (zit. BEARBEITER, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. ... CPC N ...)
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009
- BOOG MARKUS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, Basel/Frankfurt a.M. 1991 (zugl. Diss. Univ. Basel 1989/90; zit. Vermögensschaden)
- BOOG MARKUS, Versicherungsbetrug: strafrechtliche Aspekte, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Aufl., Basel 2015, S. 1477 ff. (zit. Versicherungsbetrug)
- Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER, HK ZGB, Art. ... N ...)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN (als BRÖNNIMANN C. JÜRGEN), Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989 (zugl. Diss. Univ. Bern; zit. Diss.)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungslast, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 47 ff. (zit. Behauptungslast)

- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), ZBJV 1990, S. 329 ff. (zit. Untersuchungsmaxime)
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. BEARBEITER, DK ZPO, Art. ... N ...)
- Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Basel 2012 (zit. BEARBEITER, KUKO ZGB, Art. ... N ...)
- BÜHLER ALFRED, Die Beweisaussage im Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 459 ff. (zit. Beweisaussage)
- BÜHLER ALFRED, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Heer Marianne/Schöbi Christian (Hrsg.), Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 11 ff. (zit. Gerichtsgutachten)
- BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998 (zit. BEARBEITER, in: Bühler/Edelmann/Killer, § ... aZPO/AG N ...)
- BÜLOW OSKAR, Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Giessen 1868
- CAPUS NADJA, Schriftprotokolle im Strafverfahren: «der todte Buchstabe ist noch immer nicht das lebendige Wort selbst», BJM 2012, S. 173 ff.
- CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM, Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen im Vor- und im Hauptverfahren, Anmerkungen zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung aus Sicht der rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Protokollforschung, ZStrR 2013, S. 195 ff.
- CASSANI URSULA, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, ZStrR 1999, S. 152 ff. (zit. Begriff der arglistigen Täuschung)
- CASSANI URSULA, in: Schubarth Martin (Hrsg.), Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, Partie spéciale, Volume 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Art. 303–311 CP, Bern 1996 (zit. Commentaire, Art. ... CP N ...)

- CASSANI URSULA, La protection pénale du patrimoine, Autonomie et détermination par le droit civil, Lausanne 1988 (zugl. gekürzte Diss. Univ. Genf; zit. La protection)
- COCCHI BRUNO, Doveri di verità nel processo civile e deontologia dell'avvocato, SZP 2008, S. 99 ff.
- COHEN EMANUEL, Im Zweifel für die Strafe?, Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, Zürich/Basel/Genf 2015 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- CORBOZ BERNARD, Le faux dans les titres, ZBJV 1995, S. 534 ff. (zit. Le faux dans les titres)
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. Infractions I)
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. Infractions II)
- CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BEARBEITER, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Art. ... LTF N ...)
- DE HALLER XAVIER, La commission par omission, in: Kuhn André/Moëllon Laurent/Viredaz Baptiste/Bichovsky Aude (Hrsg.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Bern 2006, S. 35 ff.
- DELNON VERA/RÜDY BERNHARD, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, S. 314 ff.
- DOLGE ANNETTE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Dolge Annette (Hrsg.), Zivilprozess – aktuell, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 43 ff. (zit. Anfechtbarkeit)
- DOLGE ANNETTE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge Annette (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 17 ff. (zit. Substanziierung)
- DONATSCH ANDREAS, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 1996, S. 200 ff. (zit. Ungetreue Geschäftsbesorgung)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Strafrecht III)

- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Bern 2008
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. BEARBEITER, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, § ... N ...)
- Dupuis Michel/Geller Bernard/Monnier Gilles/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Bettex Christian/Stoll Daniel (Hrsg.), Petit Commentaire, CP, Code pénal, Basel 2012 (zit. DUPUIS et al., PC CP, Art. ... N ...)
- EGLI ISABELLE, Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung – ein Plädoyer für die Revision, AJP 2012, S. 627 ff.
- EICHENBERGER KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- EISENBERG ULRICH, Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug (§ 263 StGB) im Zivilrechtsstreit, in: Eser Albin/Kullmann Hans Josef/Meyer-Goßner Lutz/Odersky Walter/Voss Rainer (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanns-Karl Salger, zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 15 ff.
- ELLMER MANFRED, Betrug und Opfermitverantwortung, Berlin 1986 (zugl. Diss. Univ. Erlangen-Nürnberg 1984/85)
- ENGELI PAUL, Die Urkundenfälschung, nach den kantonalen schweizerischen Strafgesetzen und den Vorarbeiten zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Eine vergleichende und kritische Darstellung, Bern 1913 (zugl. Diss. Univ. Bern)
- FAHL CHRISTIAN, Prozeßbetrug und «Lagertheorie», Ein strafrechtsdogmatisches Lehrstück, JURA 1996, S. 74 ff.
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010
- Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BEARBEITER, ZK BGFA, Art. ... N ...)
- FERRARI PIERRE, La constatation fausse – le mensonge écrit, ZStrR 1994, S. 153 ff.

- FISCHER THOMAS, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 10, Strafgesetzbuch, mit Nebengesetzen, 62. Aufl., München 2015
- FRANK RICHARD, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes, 3. Aufl., Zürich 1997
- FREI LIONEL, Der Entlastungsbeweis bei übler Nachrede und Beschimpfung, und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen, Bern 1976 (zugl. Diss. Univ. Bern 1975, publiziert unter dem Titel «Der Entlastungsbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 und 3 StGB und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen»)
- FREY JAKOB E., Die Unterdrückung von Urkunden, auf der Grundlage des Vorentwurfes von 1916 zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Univ. Zürich 1917
- FREY TOM, Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen, AnwR 2012, S. 507 ff.
- FRIESENHAHN ERNST, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift, Richard Thoma, zum 75. Geburtstag, am 19. Dezember 1949, Tübingen 1950, S. 21 ff.
- FRITZSCHE HANS, Richteramt und Persönlichkeit, Wahrheit und Lüge im Zivilprozess, Zwei akademische Antrittsreden, Zürich 1921
- FURRER PETER, Das Verschulden der Parteien im Zivilprozeß, in: Jahrbuch der Basler Juristenfakultät, XXVIII.–XXXI. Heft, 1949–1952, Basel 1953, S. 140 ff.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014
- GERMANN OSCAR ADOLF, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942
- GESSLER DIETER, Die Unwägbarkeiten eines Prozessrisikos, Faktoren zur Beurteilung eines schwer abschätzbaren Ausgangs, NZZ Nr. 155 v. 7.7.2006, S. 23
- GOLDSCHMIDT JAMES, Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925
- GRAF DAMIAN K., Praxisänderung im Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2011 (zugl. Diss. Univ. Zürich; zit. Praxisänderung)



- GRAF DAMIAN K., Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen, GesKR 2015, S. 356 ff. (zit. Unternehmensbussen)
- GRAVEN JEAN, L'escroquerie en droit pénal suisse, Der Betrug im schweizerischen Strafrecht, Basel 1947
- GRAVEN PHILIPPE/STRÄULI BERNHARD, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995
- GRONER ROGER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011
- GROSSENBACHER PETER, Urkundenfälschung gemäß Art. 251 des Schweiz. Strafgesetzbuches, Kriminalistik 1969, S. 203 ff., S. 263 ff., S. 321 ff.
- GRUBMILLER PETER, Unterlassen im Strafrecht, Eine vergleichende Darstellung der gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in Deutschland, Zürich/Basel/Genf 2011 (zugl. Diss. Univ. Zürich 2010)
- GRÜNHUT MAX, Der strafrechtliche Schutz loyaler Prozessführung, ZStrR 1937, S. 43 ff.
- GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast, nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Zürich 1955 (zit. Beweiswürdigung)
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. Zivilprozessrecht)
- GULDENER MAX, Treu und Glauben im Zivilprozeß, SJZ 1942/43, S. 389 ff. (zit. Treu und Glauben I)
- GULDENER MAX, Treu und Glauben im Zivilprozeß (Schluß), SJZ 1942/43, S. 405 ff. (zit. Treu und Glauben II)
- GUYAN HANS, Verhandlungsmaxime und Offizialmaxime im Bündnerischen Zivilprozess, Diss. Univ. Bern 1965
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990
- HAEFLIGER ARTHUR (als HÄFLIGER A.), Probleme der Falschbeurkundung, ZStrR 1958, S. 401 ff. (zit. Falschbeurkundung)
- HAEFLIGER ARTHUR, Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrecht (Art. 110 StGB), Basel 1952 (zit. Begriff der Urkunde)
- HAEFLIGER ARTHUR, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, ZStrR 1964, S. 27 ff. (zit. Rechtmässigkeit)

- HAEFLIGER ARTHUR, Versuch und Vollendung beim Tatbestand des falschen Zeugnisses, ZStrR 1956, S. 307 ff. (zit. Falsches Zeugnis)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010
- HAFTER ERNST, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Erste Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Berlin 1937 (zit. Besonderer Teil I)
- HAFTER ERNST, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Zweite Hälfte: Delikte gegen Ehe und Familie, gegen den öffentlichen Frieden, gemeingefährliche Delikte, Fälschungen, Delikte gegen den Staat, staatliche Organisation und Ordnung, gegen den Volkswillen, Störung der Beziehungen zum Ausland, Delikte gegen die Rechtspflege, Amts- und Berufsdelikte, Berlin 1943 (zit. Besonderer Teil II)
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- HALDY JACQUES, Les maximes procédurales: droit fédéral ou procédure cantonale?, in: Rapp Jean-Marc/Jaccard Michel (Hrsg.), Le droit en action, Recueil de travaux, publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996, Lausanne 1996, S. 187 ff.
- HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013
- HÄRING DANIEL, Das Prinzip der Stoffgleichheit beim Betrug, Bemerkungen zu BGE 134 IV 210, AJP 2008, S. 1596 ff.
- HARTMANN DIERK, Die Vermögensverfügung bei Personenverschiedenheit des Getäuschten und Geschädigten (§ 263 StGB), Diss. Univ. Münster 1972
- HASSELBERG KARL-PETER, Urkundenfälschung und Fälschung von Augenscheinsobjekten, Diss. Univ. Göttingen 1962
- HAUSER ROBERT, Die Protokollierung im schweizerischen Prozessrecht, ZStrR 1966, S. 158 ff. (zit. Protokollierung)
- HAUSER ROBERT, Zum Tatbestand des falschen Zeugnisses, ZStrR 1975, S. 337 ff. (zit. Falsches Zeugnis)
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, Zürich/Basel/Genf 2012

- Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZGB 2012, Art. ... N ...)
- Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZPO I, Art. ... N ...)
- Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Artikel 150–352 ZPO, Artikel 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZPO II, Art. ... N ...)
- HEITZ CHRISTOPH, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Zürich/Basel/Genf 2008 (zugl. Diss. Univ. Zürich 2007)
- Henssler Martin/Prütting Hanns (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln, Kommentar, 2. Aufl., München 2004 (zit. BEARBEITER, Komm.<sup>2</sup> BRAO, § ... N ...)
- HOFFER SIBYLLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Bern 2012 (zit. BEARBEITER, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N ...)
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Ausgewählte Aspekte, Zürich/Basel/Genf 2014 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- HOHL FABIENNE, La réalisation du droit et les procédures rapides, Évolution et réformes, Freiburg i.Üe. 1994 (zugl. Habil. Univ. Freiburg i.Üe.)
- HOMBERGER THOMAS, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Bern/Berlin/Frankfurt a.M./New York/Paris/Wien 1993 (zugl. Diss. Univ. Basel 1992)
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB I, Art. ... N ...)

- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BEARBEITER, BSK OR II, Art. ... N ...)
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965–1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a–108d IPRG, Basel 2012 (zit. BEARBEITER, BSK WPR, Art. ... OR N ...)
- Höpfel Frank/Ratz Eckart (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien (Lieferungswerk; zit. BEARBEITER, WK StGB/A, § ... N ...)
- HUMBEL FABIAN, Subventionsbetrug, Zürich/Basel/Genf 2008 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- HUNOLD FRIDOLIN, Staatshaftung für judikatives Unrecht, Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung bezogen auf den Bund und die Kantone Zürich und Glarus, Zürich/Basel/Genf 2013 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal, Partie générale, Genf/Zürich/Basel 2008 (zit. Partie générale)
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal, Partie spéciale I, Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et le patrimoine, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. Infractions)
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal, Partie spéciale, Genf/Zürich/Basel 2009 (zit. Partie spéciale)
- ISLER PETER R./SCHILTER-HEUBERGER EVELYN, Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 875 ff.
- JAAG TOBIAS, Sanktionen, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch, Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 23.1 ff.
- JACOB VICTOR EDUARD, Urkunden- und Beweismittelfälschung, nach dem Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch von 1908, Diss. Univ. Leipzig 1914

- JÄGER PETER/SCHWEITER ANGELA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, Mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- JÄGGI PETER, Vertrauensprinzip und Gesetz, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), *Aequitas und Bona Fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, S. 145 ff.
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Eigenmacht und Ohnmacht des ungetreuen Bankdirektors, Zur strafrechtlichen Erfassung von auftragswidrigen Eingriffen in Kundenkonten durch Mitglieder des Kaders einer Bank, *recht* 2008, S. 237 ff.
- JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, *Jusletter* v. 16.11.2015
- Jescheck Hans-Heinrich/Ruß Wolfgang/Willms Günther (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Sechster Band*, §§ 263 bis 302 a, 10. Aufl., Berlin/New York 1988 (zit. BEARBEITER, LK<sup>10</sup> StGB/D VI, § ... N ...)
- Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5*, §§ 263–358 StGB, München 2014 (zit. BEARBEITER, *MüKo StGB/D V*, § ... N ...)
- JOSITSCH DANIEL/LÜTHI ALINE, Arglist adieu!, in: Kuhn André/Margot Pierre/Aebi Marcelo F./Schwarzenegger Christian/Donatsch Andreas/Jositsch Daniel (Hrsg.), *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive*, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 759 ff.
- KÄSER BEATRICE, Sozialleistungsbetrug, Sozialversicherungsbetrug/Sozialversicherungsmisbrauch, Am Beispiel der Invalidenversicherung in Bezug auf das unrechtmässige Beziehen der Invalidenrente, Teilaspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes und der Observation, Zürich/Basel/Genf 2012 (zugl. Diss. Univ. Zürich 2011)
- KAUFMANN ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2. Aufl., Göttingen 1988
- KAUFMANN MARTIN, Bewiesen?, Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, *AJP* 2003, S. 1199 ff.
- KAUFMANN URS, *Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen (Eine Untersuchung zu Begriff, Wesen und Bedeutung der freien richterlichen Überzeugung)*, Diss. Univ. Zürich 1986

- KELLER GOTTFRIED/PFISTERER MARKUS, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, mit Erläuterungen samt einem Anhang der andern prozessualischen Gesetze und Erlasse, 3. Aufl., Aarau 1947
- KIENAPFEL DIETHELM/SCHMOLLER KURT, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil, Band III, Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl., Wien 2009
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001
- KLEIN FRANZ, Die schuldhafte Parteihandlung, Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, Wien 1885
- KOHLBACHER URSULA, Beweiszeichen als Urkunden im schweizerischen Strafrecht, Ein Beitrag zur Reform der Urkundendelikte, Basel/Frankfurt a.M. 1991
- KOUSSOULIS STELIOS, Beweismaßprobleme im Zivilprozeßrecht, in: Gottwald Peter/Prütting Hanns (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 277 ff.
- KRACK RALF/RADTKE HENNING, Der Dreiecksbetrug oder die Fragwürdigkeit der «Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken» – OLG Celle, NJW 1994, 142, JuS 1995, S. 17 ff.
- KRAUSS DETLEF, Die strafrechtliche Problematik der Erschleichung kantonaler Subventionen, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderling Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 47 ff.
- KRELL PAUL, Probleme des Prozessbetrugs, JR 2012, S. 102 ff.
- KRIEGER AEBLI SALOME, Sozialhilfe zu Unrecht bezogen, aber dennoch nicht betrogen?, FP 2010, S. 169 ff.
- KUNZ KARL-LUDWIG, Grundstrukturen des neuen Vermögens- und Urkundenstrafrechtes, ZBJV 1996, S. 189 ff.
- Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Neunter Band, §§ 263 bis 283d, 1. Teilband, §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., Berlin/Boston 2012 (zit. BEARBEITER, LK StGB/D IX/I, § ... N ...)
- Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Neunter Band, §§ 263 bis 283d, 2. Teilband, §§ 267 bis 283d, 12. Aufl., Berlin 2009 (zit. BEARBEITER, LK StGB/D IX/II, § ... N ...)

- LENCKNER THEODOR, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil v. 14.7.1965, 1 Ss 360/65, JZ 1966, S. 319 ff.
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010
- LOEFFEL ANAÏS, L'avocat a-t-il le droit de mentir à la justice pénale?, Jusletter v. 20.2.2012
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale I (Art. 111 à 212), Neuenburg/Paris 1955 (zit. Partie spéciale I)
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (Art. 213 à 332), Neuenburg/Paris 1956 (zit. Partie spéciale II)
- LOTTNER PETER, Der Begriff der Urkunde und die Abgrenzung zwischen Falschbeurkundung und strafloser schriftlicher Luege, Diss. Univ. Basel 1969
- MAIHOLD HARALD, Falschbeurkundung & Co.: Die unwahre Urkunde im Strafrecht, ius.full 2009, S. 86 ff.
- MARTIN PIERRE, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 1 ff.
- MEICHSSNER STEFAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Basel 2008 (zugl. Diss. Univ. Basel 2007)
- MEIER ISAAK, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, S. 57 ff. (zit. Beweismass)
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Zivilprozessrecht)
- MEIER ISAAK, Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, ZSR 1987 I, S. 705 ff. (zit. Beweislastverteilung)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000
- MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2014 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER PETER, Die Revision des Vermögensstrafrechtes – Nachbesserungen und Innovationen, ZStrR 1995, S. 1 ff.

- NAEGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen?, AnwR 2010, S. 292 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, Dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Zürich 1992 (zugl. Diss. Univ. Zürich; zit. Schaden)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Kursmanipulation als Betrug?, Tatsachen, Täuschung und Stoffgleichheit am Beispiel von BGE 122 II 422, AJP 1998, S. 395 ff. (zit. Kursmanipulation)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Ultima Ratio?, Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts, ZStrR 1993, S. 236 ff. (zit. Ultima Ratio)
- Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK BGG, Art. ... N ...)
- Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB I, Art. ... [Abs. ...] N ...)
- Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB II, Art. ... N ...)
- NOLL PETER, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, ZStrR 1964, S. 160 ff. (zit. Rechtfertigungsgründe)
- NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Zürich 1983 (zit. Besonderer Teil I)
- NÖSBERGER THOMAS/BOEMLE MAX, Konzeption des neuen Rechnungslegungsrechts, Definition von Aktiven und ausgewählte Fragestellungen (2. Teil), ST 2014, S. 165 ff.
- NYDEGGER MICHA, Grund und Grenzen der Arglist beim Betrug, ZStrR 2013, S. 281 ff.
- Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, KUKO ZPO, Art. ... N ...)
- OTT EDWARD E., Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979
- OTTO HARRO, Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, in: Küper Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, S. 715 ff.



- PERRET FRANÇOIS, Le fardeau de l'allégation: droit privé fédéral ou procédure civile cantonale?, in: Auer Andreas (Hrsg.), Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 257 ff.
- PETERS EGBERT, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 1969, S. 200 ff.
- PETRZILKA WERNER, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafbuch, Band I, s.l./s.n. 1942
- PFÄFFLI PAUL, Das falsche Zeugnis (Art. 307–309 StGB), Bern 1962 (zugl. Diss. Univ. Bern 1961)
- Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010 (zit. BEARBEITER, CR CC I, Art. ... N ...)
- PIECH XENIA, Der Prozeßbetrug im Zivilprozeß, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1998 (zugl. Diss. Univ. Kiel)
- PIETH MARK, Strafrecht, Besonderer Teil, Basel 2014
- POPP PETER, Betrug im Schuld- und Strafrecht, in: Schmid Niklaus/Killias Martin (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Bern 1996, S. 111 ff.
- PÖSCHEL INES, Rückstellungen für Prozessrisiken nach IFRS, AJP 2005, S. 135 ff.
- REHBERG JÖRG, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1978
- RIEDO CHRISTOF, «Eine Urkunde, über die er nicht allein verfügen darf» – Bemerkungen zur Urkundenunterdrückung nach Art. 254 StGB, AJP 2003, S. 917 ff.
- RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
- ROBERT CHRISTIAN-NILS, Le «faux intellectuel» privé; un titre pénalement très contesté, SJ 1983, S. 417 ff.
- Roth Robert/Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, Basel 2009 (zit. BEARBEITER, CR CP I, Art. ... [al. ...] N ...)

- RÜETSCHI DAVID, Der Prozessbetrug in der Schweiz, Gedanken zur strafrechtlichen Relevanz unwahrer Behauptungen im Zivilprozess, in: Cottier Michelle/Rüetschi David/Sahlfeld Konrad W. (Hrsg.), Information & Recht, Ein Projekt von Assistentinnen und Assistenten der Juristischen Fakultät Basel, Basel/Genf/München 2002, S. 225 ff.
- SÄGESSER HEIDI, Opfermitverantwortung beim Betrug, Bern 2014 (zugl. Diss. Univ. Bern 2013)
- SALUZ EVA, Darf ein Anwalt lügen?, Gedanken der Präsidentin des SAV, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 475 ff.
- SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003 (zugl. Diss. Univ. Bern 2002; zit. Aufklärungs- und Fragepflicht)
- SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 2000, S. 685 ff. (zit. Verhandlungsmaxime)
- SCHERER URS, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, Zürich 1977 (zugl. Diss. Univ. Bern 1976)
- SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009
- SCHLAURI SIMON, Elektronische Signaturen, Zürich/Basel/Genf 2002 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- SCHMID HANS, Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 11 ff.
- SCHMID NIKLAUS, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1994 (zit. Computer-Kriminalität)
- SCHMID NIKLAUS, Das neue Computerstrafrecht, ZStrR 1995, S. 22 ff. (zit. Computerstrafrecht)
- SCHMID NIKLAUS, Das neue Vermögens- und Urkundenstrafrecht, SJZ 1995, S. 1 ff. (zit. Vermögens- und Urkundenstrafrecht)
- SCHMID NIKLAUS, Die Urkundendelikte nach der Revision des Vermögens- und Urkundenstrafrechts vom 17. Juni 1994, AJP 1995, S. 25 ff. (zit. Revision)
- SCHMOLLER KURT, Urkunden als «falsches Beweismittel»? JBl 1993, S. 223 ff.

- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, Zürich 1973 (zit. BEARBEITER, ZK OR V 1a, Art. ... N ...)
- Schönke Adolf/Schröder Horst (Begr.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zit. BEARBEITER, in: Schönke/Schröder, § ... StGB/D N ...)
- SCHRÖDER HORST, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 1941, S. 33 ff.
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111–136 StGB, Bern 1982 (zit. Kommentar I, Art. ... StGB N ...)
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984 (zit. Kommentar III, Art. ... StGB N ...)
- SCHUBARTH MARTIN, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, in: Schmid Niklaus/Killias Martin (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Bern 1996, S. 71 ff. (zit. Vermögensgefährdung)
- SCHUBARTH MARTIN, Zur Auslegung der Urkundendelikte, ZStrR 1995, S. 387 ff. (zit. Urkundendelikte)
- SCHUBARTH MARTIN/ALBRECHT PETER, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137–172, Bern 1990
- SCHULTZ HANS, Das Schweizerische Strafgesetzbuch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, ZStrR 1962, S. 150 ff. (zit. Rechtsprechung StGB)
- SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980, ZBJV 1982, S. 1 ff. (zit. Rechtsprechung 1980)
- SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1970, ZBJV 1971, S. 449 ff. (zit. Rechtsprechung 1970)
- SCHULTZ HANS, Falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und Falsches Zeugnis, ZStrR 1958, S. 213 ff. (zit. Aussagedelikte)

- SCHULTZ HANS, Über das Falsche Zeugnis, ZStrR 1960, S. 348 ff. (zit. Falsches Zeugnis)
- SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Ehrverletzungen bei der Parteiinstruktion und deren Weiterverbreitung durch Rechtsschriften und Äusserungen des Rechtsanwalts, Konsequenzen für die Unteilbarkeit des Strafantrages (Art. 32 StGB), in: Niggli M.A./Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 215 ff.
- SEELMANN KURT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012
- SOGO MIGUEL, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2007 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. BEARBEITER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Art. ... BGG N ...)
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010
- Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO, Art. ... N ...)
- Stahelin Adrian/Bauer Thomas/Stahelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BEARBEITER, BSK SchKG I, Art. ... N ...)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- STAEHELIN ERNST, Sitzungspolizei oder Disziplinarbehörde?, AnwR 2013, S. 402 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Die Falschbeurkundung in der neueren Praxis des Bundesgerichts, recht 1998, S. 166 ff. (zit. Falschbeurkundung)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. Allgemeiner Teil I)

- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, Bern 1973 (zit. Besonderer Teil I<sup>1</sup>)
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013
- SUTTER-SOMM THOMAS (als SUTTER THOMAS), Zivilrechtspflege im Einzelarbeitsvertragsrecht (Art. 343 OR), Eine prozessrechtliche Vorschrift im Bundesprivatrecht, BJM 1986, S. 121 ff. (zit. Einzelarbeitsvertragsrecht)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf (zit. Zivilprozessrecht)
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. BEARBEITER, ZK ZPO, Art. ... N ...)
- TAG BRIGITTE, Handeln und Unterlassen – ethische und rechtliche Überlegungen mit Blick auf neue medizinische Forschungsfelder, in: Kick Hermes Andreas/Taupitz Jochen (Hrsg.), Handeln und Unterlassen, Ethik und Recht in den Grenzbereichen von Medizin und Psychologie, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 37 ff.
- THIELE STEPHAN J., Rechnungslegung für schwebende Rechtsstreitigkeiten, Zürich 2003 (zugl. Diss. Univ. Basel; zit. Diss.)
- THIELE STEPHAN J., Schwebende Rechtsstreitigkeiten in der Rechnungslegung von Aktiengesellschaften, SJZ 2004, S. 277 ff. (zit. Schwebende Rechtsstreitigkeiten)
- THOLE CHRISTOPH, Die Beweisvereitelung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, JR 2011, S. 327 ff.
- THOMMEN MARC, Opfermitverantwortung beim Betrug, ZStrR 2008, S. 17 ff.

- THORMANN PHILIPP/VON OVERBECK ALFRED, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen (Art. 111–332), Einführung und Anwendung des Gesetzes (Art. 333–401), Zürich 1941
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, Zürich 1989 (zit. Kurzkommentar<sup>1</sup> StGB, Art. ... N ...)
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. Allgemeiner Teil I)
- Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. BEARBEITER, PK StGB, Art. ... N ...)
- Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014 (zit. HWP, S. ...)
- TREZZINI FRANCESCO, Anmerkung zu BGer, Urteil v. 23.11.2004, 4C.378/1999, SZP 2005, S. 160 ff.
- UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, S. 437 ff.
- Valticos Michel/Reiser Christian M./Chappuis Benoît (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur les avocats, Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Basel 2010 (zit. BEARBEITER, CR LLCA, Art. ... N ...)
- VEST HANS, Dreiecksbetrug durch Einlösung eines gekreuzten Checks, Bemerkungen zu BGE 126 IV 113, AJP 2001, S. 1464 ff. (zit. Dreiecksbetrug)
- VEST HANS, Probleme des Urkundenstrafrechts, AJP 2003, S. 883 ff. (zit. Probleme des Urkundenstrafrechts)
- VÖLGER MARION, Wissenschaftsbetrug, Strafrechtliche Aspekte – unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs staatlicher Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2004 (zugl. Diss. Univ. Zürich)
- VON BÜREN BRUNO, Ehrverletzungen: Nicht im Prozeß, SJZ 1977, S. 85 ff.
- VON CLERIC GEORG FRANZ, Betrug verübt durch Täuschung des Richters, SJZ 1914/1915, S. 141 ff.

- VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), AJP 2009, S. 830 ff.
- WAHL MATTHIAS, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, Berlin 2007 (zugl. Diss. Univ. Heidelberg 2006/07)
- WAIBLINGER MAX, Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung, ZStrR 1957, S. 121 ff. (zit. Versuch)
- WAIBLINGER MAX, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1952, Strafrecht und Strafprozess, ZBJV 1955, S. 81 ff. (zit. Rechtsprechung 1952)
- WAIBLINGER MAX, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen im Jahre 1957, ZBJV 1959, S. 169 ff. (zit. Rechtsprechung 1957)
- WAIBLINGER MAX, Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1953/54, Strafrecht und Strafprozess, ZBJV 1956, S. 201 ff. (zit. Rechtsprechung 1953/54)
- WALDER HANS, Der Prozeßbetrug, Kritische Stellungnahme zu einem Bundesgerichtsurteil, SJZ 1954, S. 105 ff. (zit. Prozessbetrug)
- WALDER HANS, Falsche schriftliche Erklärungen im Strafrecht, insbesondere die sogenannte «Falschbeurkundung» nach StrGB Art. 251, ZStrR 1982, S. 70 ff. (zit. Falschbeurkundung)
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012
- WINTER HERBERT, Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB, Diss. Univ. Zürich 1974
- WOHLERS WOLFGANG, Anmerkung zu BGer, Urteil v. 2.2.2012, 6B\_663/2011, FP 2012, S. 207 ff. (zit. Vermögensschaden)
- WOHLERS WOLFGANG, Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung: Notwendigkeit und Grenzen eigener Beweiserhebungen durch Strafgerichte, ZStrR 2013, S. 318 ff. (zit. Hauptverhandlung)

- WOHLERS WOLFGANG, Die Stoffgleichheit von Vermögensschaden und angestrebter Bereicherung beim Betrug, Zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 13.6.2008, 6B\_4/2008 (BGE 134 IV 210 m. Bespr. HÄRING, AJP/PJA 2008, 1596), FP 2009, S. 115 ff. (zit. Stoffgleichheit)
- WOHLERS WOLFGANG, Gesetzeswortlaut und «ratio legis» im Strafrecht, in: Die Bedeutung der «ratio legis», Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel/Genf/München 2001, S. 79 ff. (zit. Gesetzeswortlaut)
- Wolter Jürgen (Hrsg.), SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V, §§ 267–323c StGB, 8. Aufl., Köln 2013 (Loseblattwerk; zit. BEARBEITER, SK StGB/D, § ... N ...)
- ZÖBEL DANIEL, Rückstellungen in der Rechnungslegung, Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung der Rückstellungen in Bilanztheorie, Recht und Rechnungslegungspraxis, Diss. Univ. Freiburg i.Üe. 2003
- ZÜGER MARCEL, Privater Zeugenkontakt der Verteidigung in der Praxis, Zulässigkeitsgrenzen und Darstellung der praktischen Handhabung anhand einer empirischen Untersuchung, ZStrR 2013, S. 247 ff.



## Materialienverzeichnis

Botschaft über die Aenderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Aenderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24. April 1991, BBl 1991 II, S. 969 ff. (zit. Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, BBl 1999, S. 6013 ff. (zit. Botschaft BGFA)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II, S. 1979 ff. (zit. Botschaft Allgemeine Bestimmungen StGB)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)

Entwurf Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7413 ff. (zit. E-ZPO)

Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003 ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Staat & Bürger > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts; zit. VE-ZPO)

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Im Auftrag des eidg. Justiz- und Polizeidepartements von Prof. Zürcher in Zürich verfasst, Bern 1914 (zit. Erläuterungen VE-StGB)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Expertenkommission, April 1908, Bern 1909 (zit. VE-StGB)



# 1. Kapitel: Grundlegung

Die vorliegende Studie handelt vom «Prozessbetrug im Zivilprozess». Im ersten Kapitel ist vorab in die Problemstellung einzuführen. Ausgewählte Beispiele aus der Praxis mögen sodann die Problematik veranschaulichen. Schliesslich wird der Gegenstand der Studie zu bestimmen sein. <sup>1</sup>

## I. Einführung in die Problemstellung

Das Verhalten einer Partei im Zivilprozess ist in der Regel auf einen bestimmten Prozessausgang gerichtet. Sie formuliert entsprechende Rechtsbegehren, behauptet diejenigen Tatsachen, aus denen sie ihre Rechtsbegehren ableitet,<sup>1</sup> bezeichnet einzelne Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen und versucht oft ihre Rechtsbegehren auch rechtlich zu begründen. Weil jede Partei während des Zivilprozesses zur Gegenpartei (zusätzlich) und zum Gericht in einem Prozessrechtsverhältnis steht,<sup>2</sup> gelten dabei für sie besondere Verhaltensregeln, die das Zivilprozessrecht bestimmt.<sup>3</sup> Dieses ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung kodifiziert,<sup>4</sup> weshalb Verhaltensvorschriften, die die Partei im Zivilprozess zu beachten hat, und Sanktionen bei deren Verletzung in erster Linie dort zu suchen sind. Im Zivilprozess können aber auch Verhaltensvorschriften Bedeutung erlangen, die nicht in der Schweizerischen Zivilprozessordnung enthalten sind, namentlich jene des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Vorliegend im Vordergrund steht der Straftatbestand des Betrugs.

Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung macht sich des Betrugs gemäss Art. 146 StGB auch strafbar, wer das Gericht durch unwahre Tatsachenbehauptungen, die darauf abzielen, es zu einem das Vermögen einer Prozesspartei oder Dritter (materiell unbegründet) schädigenden Entscheid <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 166.

<sup>2</sup> GULDENER, Treu und Glauben I, S. 391; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 50; PAHUD, DK ZPO, Art. 220 N 1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 6; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 5; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 1 N 2.

<sup>3</sup> BÜLOW, S. 1; vgl. B. MÜLLER, DK ZPO, Art. 59 N 3; vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 50 f.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 5.

<sup>4</sup> Botschaft ZPO, passim.

zu bestimmen, arglistig täuscht.<sup>5</sup> Diese Erkenntnis war lange Zeit umstritten.<sup>6</sup> Anlässlich der Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, welches am 1. Januar 1942 in Kraft treten sollte (Art. 392 StGB), hielt die Lehre dessen Betrugstatbestand<sup>7</sup> auf den eben umschriebenen Sachverhalt für grundsätzlich anwendbar.<sup>8</sup> Das Bundesgericht hatte erstmals im Jahr 1952 mit BGE 78 IV 84 Gelegenheit, sich mit der Problematik auseinanderzusetzen, und kam anders als die Lehre zum Schluss, dass sich eine Partei im Zivilprozess nicht des Betrugs strafbar machen könne, indem sie das Gericht täusche. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass der Richter nicht über Vermögensrechte verfüge, sondern Recht spreche, auch wenn er unmittelbar gestaltend in das Vermögen der Parteien eingreife.<sup>9</sup> Mithin sollte es generell an einer tatbestandsmässigen Vermögensverfügung fehlen. Der Entscheid wurde nicht nur von der Lehre abgelehnt.<sup>10</sup> Auch einzelne kantonale Gerichte behielten ihre bisherige abweichende Rechtsprechung bei bzw. weigerten sich, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu übernehmen.<sup>11</sup> Nachdem das Bundesgericht den Leitsatz in anderem

---

<sup>5</sup> Vgl. BGE 122 IV 197, E. 2; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 140; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 30; DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 f.; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1198; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 38; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 19.

<sup>6</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 38.

<sup>7</sup> Mit Bundesgesetz vom 17. Juni 1994, in Kraft seit 1. Januar 1995 (AS 1994, S. 2290 ff., S. 2293, S. 2307), wurde aArt. 148 StGB zu Art. 146 StGB überführt, v.a. mit der Neuerung, dass in der Variante des Grundtatbestands der Täter das Opfer in dessen bestehendem Irrtum arglistig *bestärken* muss, während das alte Recht nur von *benutzen* des Irrtums sprach, vgl. Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 1015 f.

<sup>8</sup> Vgl. GERMANN, S. 276; J. GRAVEN, S. 33 f.; E. HAFTER, Besonderer Teil I, S. 269 ff.; PETRZILKA, S. 186; THORMANN/VON OVERBECK, aArt. 148 N 8; vgl. auch BGE 122 IV 197, E. 2b; D. RÜETSCHI, S. 227.

<sup>9</sup> BGE 78 IV 84, E. 2; vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 38.

<sup>10</sup> Vgl. vorab WAIBLINGER, Rechtsprechung 1952, S. 101 ff.; WALDER, Prozessbetrug, S. 105 ff.; später etwa ARDINAY, S. 324 ff.; HURTADO POZO, Infractions, N 1022; NOLL, Besonderer Teil I, S. 200; REHBERG, S. 68; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 63; STRATENWERTH, Besonderer Teil I<sup>1</sup>, S. 222 f.; TRECHSEL, Kurzkommentar<sup>1</sup> StGB, aArt. 148 N 18 m.w.H.; vgl. auch BGE 122 IV 197, E. 2b; D. RÜETSCHI, S. 227.

<sup>11</sup> Vgl. OGer LU, LGVE 1961–1970, S. 383 f. (= SJZ 1966, S. 331 f.); OGer TG, RBOG TG 1982, S. 69 (= RStrS 1983, S. 108); OGer ZH, ZR 1949, S. 335; OGer ZH, SJZ 1983, S. 231 f. (= RStrS 1983, S. 108 ff.). Die BezAnw ZH, SJZ 1984, S. 215 f., S. 215, resignierte angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Vgl. auch D. RÜETSCHI, S. 227 f.; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 19.

Zusammenhang noch ohne weiteres bestätigt hatte,<sup>12</sup> setzte es sich in BGE 122 IV 197 mit der Kritik eingehend auseinander. Es kam nun zum Ergebnis, Betrug könne auch durch Irreführung des Gerichts begangen werden, und gab damit die in BGE 78 IV 84 begründete Praxis auf.<sup>13</sup> Im Übrigen hielt es fest, dass für eine Tatbestandsmässigkeit keine grundsätzlichen Besonderheiten gälten.<sup>14</sup>

Der mit BGE 78 IV 84 begründeten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die während über 40 Jahren Bestand hatte, ist es wohl zuzuschreiben, dass der sog. *Prozessbetrug* bis heute meistens (nur) im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung beim Betrug thematisiert wird.<sup>15</sup> Die übrigen Tatbestandsmerkmale des Prozessbetrugs wurden seit Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs – im Gegensatz zur Zeit davor<sup>16</sup> – kaum diskutiert.<sup>17</sup>

## II. Beispiele aus der Praxis

Die folgenden ausgewählten Beispiele aus der Praxis mögen die Problematik veranschaulichen:

<sup>12</sup> Vgl. BGE 103 IV 27, E. 5c, in welchem Entscheid es um die Erschleichung eines zu hohen Kontingents ging.

<sup>13</sup> BGE 122 IV 197, E. 2d.

<sup>14</sup> BGE 122 IV 197, E. 2d.

<sup>15</sup> Vgl. etwa ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 140; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 30; DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 f.; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1198; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 38; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 19.

<sup>16</sup> Vgl. etwa AppGer BS, Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt, Fünfter Band (1926–1930), S. 70 f.; StGer BS, Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt, Fünfter Band (1926–1930), S. 167 f.; OGer ZH, ZR 1903, S. 252 f.; OGer ZH/KassGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff.; OGer ZH, ZR 1917, S. 79 f.; OGer ZH, ZR 1935, S. 232 ff.; VON CLERIC, S. 141 ff.

<sup>17</sup> Vgl. aber D. RÜETSCHI, S. 225 ff., insb. S. 227.

## 1. «École de Bénédictines»

- 6 Die Eheleute X heirateten 1965 und hatten zwei Kinder, das jüngere geboren 1977. Im darauffolgenden Jahr reichte die Ehefrau Ehetrennungsklage ein und machte geltend, der Ehemann habe Ehebruch begangen. Aufgewachsen in einer Familie, die moralische Prinzipien hochhalte, und gebildet in einer *Benediktinerinnenschule*, sei dieser für sie besonders schmerzhaft. Der Ehemann anerkannte zwar den von ihm begangenen Ehebruch, behauptete aber, dieser sei für die Zerrüttung der Ehe nicht kausal. Die Ehe sei schon lange Zeit hoffnungslos zerrüttet gewesen. Die Ehe wurde schliesslich geschieden und die getroffene Vereinbarung über die Scheidungsfolgen genehmigt. Dabei hielt das Gericht fest, auch wenn die eheliche Gemeinschaft schon vor dem Ehebruch des Ehemannes unter Problemen gelitten habe, sei der Ehebruch des Ehemannes für die Zerrüttung der Ehe dennoch ausschlaggebend gewesen. Mit der genehmigten Vereinbarung über die Scheidungsfolgen verpflichtete sich der Ehemann, der Ehefrau eine monatliche Rente in der Höhe von 2300 Fr. zu leisten. In einer späteren Abänderungsklage behauptete der Unterhaltspflichtige, ein Gutachten schliesse ihn als Vater des jüngeren Kindes aus.<sup>18</sup>
- 7 Die Ehefrau verschwieг bei ihrer Darstellung des Sachverhalts, dass sie offenbar selbst Ehebruch begangen hatte. Das Beispiel wirft die Frage auf, ob die *unvollständige Darstellung des Sachverhalts* im Zivilprozess als Tathandlung Art. 146 StGB erfüllt.<sup>19</sup>

## 2. «Gerichtsentscheidungen»

- 8 «Der Anzeigerstatter bezichtigt den Beschuldigten des versuchten Betrugs. Diesen soll der Beschuldigte dadurch begangen haben, dass er in dem einstweiligen Verfügungsverfahren in der mündlichen Verhandlung vom 26.5.2000 wahrheitswidrig erklärt habe, «dass es mehrere *Gerichtsentscheidungen* gebe, die das Vorgehen der G als gerechtfertigt ansehen (...).»<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen BGer, Urteil v. 21.11.2006, 5C.124/2006, Sachv. A, Sachv. B.

<sup>19</sup> Siehe hinten N 63 ff.

<sup>20</sup> OLG Koblenz, NJW 2001, S. 1364 (Hervorhebungen teilweise hinzugefügt).

Das Beispiel wirft die Frage auf, ob die *rechtliche Begründung* im Zivilprozess – in deren Rahmen Erklärungen wie im Beispiel häufig fallen – als Tat-handlung Art. 146 StGB erfüllt.<sup>21</sup> 9

### 3. «Dreiste Märchen»

«Sie [die Angeklagte] begnügte sich nicht damit, zu bestreiten, daß sie dem Geschädigten etwas schulde, sondern drehte den Spieß um und machte geltend, die in der Anklage erwähnten Einzahlungsscheine bewiesen nicht Hingabe, sondern Rückzahlung von Darlehen. Um den Zivilrichter von der Richtigkeit ihrer Darstellung zu überzeugen, erfand die Angeklagte *dreiste Märchen* darüber, aus welchen Gründen und aus welchen Mitteln sie dem Geschädigten Darlehen gewährt habe. Sie behauptete weiter, der Geschädigte habe sie zur Unterzeichnung der Schuldanerkennung vom 7. Sept. 1946 durch die unwahre Angabe bewogen, es handle sich nur um eine Proforma-erklärung.»<sup>22</sup> 10

Das Beispiel wirft die Frage auf, ob das Auftischen von «dreisten Märchen» im Zivilprozess als *Lügegebäude* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>23</sup> 11

### 4. «Kontakmagazin Cocktail»

«Am 7. Oktober 2011 reichte X. bei der Staatsanwaltschaft Muri-Bremgarten eine Strafanzeige gegen Y. wegen Verdachts auf Betrug, eventuell unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten ein. X. führte zur Begründung aus, er habe mit der Z. GmbH, deren Geschäftsführer Y. sei, am 4. Oktober 2005 einen Kaufvertrag über das *Kontakmagazin «Cocktail»* und weitere Objekte abgeschlossen. Von diesem sei er in der Folge zurückgetreten, was Y. akzeptiert habe. Dennoch habe er ihm am 3. November 2010 einen Zahlungsbefehl über Fr. 120 000.– nebst Zinsen und Kosten zugestellt. Nach der Rechtsöffnung sei es zu einem Aberkennungsprozess gekommen. Mit der Klageantwort, die Y. im Namen der Z. GmbH eingereicht habe, habe er geschickt ein Lügegebäude aufgebaut, welches das Gericht davon hätte überzeugen sollen, dass der Kaufvertrag vollzogen worden sei. Dank den 12

<sup>21</sup> Siehe hinten N 75 ff.

<sup>22</sup> OGer ZH, ZR 1949, S. 335 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>23</sup> Siehe hinten N 109 f.

Abrechnungen der V. AG habe der Schwindel aufgedeckt werden können. Das ändere aber nichts daran, dass ein vollendeter oder versuchter Prozessbetrug anzunehmen sei. Im Übrigen hätte sich Y. auch im Falle der Gültigkeit des Kaufvertrags strafbar gemacht. Denn die Zahlungen der V. AG seien weiterhin an die Z. GmbH gegangen.»<sup>24</sup>

- <sup>13</sup> Auch dieses Beispiel wirft die Frage auf, ob unzutreffende Tatsachenbehauptungen im Zivilprozess als *Lügengebäude* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB sind.<sup>25</sup>

## 5. «P. und K.»

- <sup>14</sup> «P. und K. verkauften am 15. Juli 1988 ein Grundstück mit zwei im Umbau befindlichen Mehrfamilienhäusern. Im Streit um den Vertragsinhalt erhoben die Käufer eine Forderungsklage und schliesslich am 5. Dezember 1990 eine Strafklage. Im Strafverfahren erwiesen sich die von P. im Zivilverfahren eingereichten Kreditorenlisten, die Bauabrechnung und die Belege als falsch. K. stützte sich ebenfalls auf diese Beweismittel.»<sup>26</sup>
- <sup>15</sup> Das Beispiel wirft insbesondere die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>27</sup>

## 6. «Investitionen»

- <sup>16</sup> «Zum Beweis einer Widerklageforderung reichte der Angeklagte dem Gericht eine Vereinbarung ein, worin der Widerbeklagte sich zur Abgeltung verschiedener *Investitionen* an einem Mietobjekt verpflichtet hatte. Die Unterschrift des Widerbeklagten hatte der Angeklagte gefälscht.»<sup>28</sup>
- <sup>17</sup> Wie das vorangehende wirft auch dieses Beispiel insbesondere die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess –

---

<sup>24</sup> BGer, Urteil v. 5.7.2012, 1B\_105/2012, Sachv. A (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>25</sup> Siehe hinten N 109 f.

<sup>26</sup> BGE 122 IV 197, Sachv. A (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>27</sup> Siehe hinten N 112 ff.

<sup>28</sup> OGer TG, RBOG TG 1982, S. 69 (Hervorhebung hinzugefügt; = RStrS 1983, S. 108).



konkret Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>29</sup>

## 7. «Büromaschine»

«B. betrieb den C. auf Zahlung des Kaufpreises von 300 Fr. für eine *Büromaschine*, die dieser von ihm unterschriftlich bestellt und die er ihm geliefert habe, und verlangte gestützt auf die unterschriftliche Bestellung provisorische Rechtsöffnung. Vor dem Rechtsöffnungsrichter bestritt C. die Bestellung: B. habe ihm die Maschine bloß durch seinen Reisenden vorführen lassen; die Unterschrift «C.» auf dem Bestellschein sei vom Reisenden B.'s gefälscht. Der Rechtsöffnungsrichter ließ sich von C. Unterschriftenproben geben, die sich von der Unterschrift auf dem Bestellschein wesentlich unterschieden, indem sie zwar, wie nachträglich durch Schriftexpertise festgestellt wurde, nicht entstellte, aber kalligraphisch sorgfältiger als die gewöhnliche Unterschrift C.'s ausgeführt waren. Gestützt darauf wies der Richter das Rechtsöffnungsbegehren ab.»<sup>30</sup> 18

Wie die unmittelbar vorangehenden wirft auch dieses Beispiel die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>31</sup> 19

## 8. «ABS/ESP»

«Nach den Feststellungen des *LG* kaufte der Angekl. im Jahre 2002 einen Pkw zu einem Gesamtpreis von 38 550 Euro. In der Folgezeit machte er eine Reihe von Mängeln geltend und verlangte die Zurücknahme des Fahrzeugs. Da es zu keiner Einigung mit dem Verkäufer kam, erhob der Angekl. Klage auf Zahlung von 36 331 Euro Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Das *LG* erließ einen Beweisbeschluss auf Erholung eines Sachverständigen-gutachtens zu den behaupteten Mängeln. Unter anderem sollte sich der Sachverständige zur Behauptung des Angekl. äußern, das elektrische Steuerungssystem «*ABS/ESP*» des Fahrzeugs sei defekt. Der Sachverständige ver- 20

---

<sup>29</sup> Siehe hinten N 112 ff.

<sup>30</sup> OGer ZH, ZR 1935, S. 232 ff., S. 233 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>31</sup> Siehe hinten N 112 ff.

einbarte mit dem Angekl. einen Besichtigungstermin. Da der Angekl. befürchtete, dass die vom Sachverständigen festzustellenden Mängel sein Wandlungsbegehren noch nicht rechtfertigten, beschloss er, in das Fahrzeug einen weiteren «Mangel» einzubauen. Er lockerte daher mit einem Schraubenschlüssel die Verschraubung der Bremsleitung zur rechten hinteren Radbremse an der Hydraulik-Steuereinheit (ABS-Block) um circa 15 Grad. Diese Manipulation hatte, wie von dem sachkundigen Angekl. vorhergesehen, zur Folge, dass nunmehr beim nächsten Betätigen der Bremse an der gelockerten Verbindung durch den sich aufbauenden Bremsdruck Bremsflüssigkeit austreten würde, mit der Folge, dass der Bremsdruck durch die Hydraulikflüssigkeit zunächst nicht in vollem Umfang auf die Räder übertragen werden kann. Erst beim weiteren Durchtreten des Bremspedals in Richtung Bodenblech kommt der aus Sicherheitsgründen vorhandene zweite Bremskreis zur Wirkung. Der Sachverständige fuhr das Fahrzeug von einem Vorhof auf die öffentliche Straße und näherte sich nach circa 100 m einer auf «Rot» stehenden Ampel. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte er nur eine geringe Geschwindigkeit erreicht, bremste das Fahrzeug ab, bemerkte dabei, dass sich das Bremspedal bis nahezu zum Boden durchtreten ließ, konnte jedoch das Fahrzeug mit dem vorhandenen zweiten Bremskreis zum Stillstand bringen.»<sup>32</sup>

- 21 Wie die unmittelbar vorangehenden wirft auch dieses Beispiel insbesondere die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Augenschein i.S.v. Art. 181 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>33</sup>

## 9. «Schlechter Chaib»

- 22 «F. A., Arbeiter bei Hafnermeister C. B. in Zürich 7, klagte gegen diesen beim gewerbl. Schiedsgericht Zürich auf Zahlung von Fr. 149.50. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 1913 gab F. A. an, Fr. 72.50 für rückständigen Lohn zu gut zu haben und zog seine weitergehende Schadenersatzklage zurück. Der Beklagte B. behauptete, dem A. den rückständigen Lohn mit Fr. 73.60 am 9. Juli 1913 bereits ausbezahlt zu haben. Der Kläger bestritt das mit den Worten: «So ein *schlechter Chaib* bin ich nicht, daß ich das Geld

---

<sup>32</sup> OLG München, NJW 2006, S. 3364 ff. m. Anm. SCHIEMANN, S. 3364 (Hervorhebungen teilweise hinzugefügt).

<sup>33</sup> Siehe hinten N 112 ff.

annehme und dessen Empfang nachträglich bestreite». Er hielt diese Bestreitung auch aufrecht, als er unter Hinweis auf §§ 181 und 182 Z.-P.-O. persönlich befragt wurde.»<sup>34</sup>

Wie die unmittelbar vorangehenden wirft auch dieses Beispiel insbesondere die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO bzw. Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>35</sup> 23

## 10. «Margrith-Ernst-Gustav»

«*Margrith* Friedlin und ihr am 6. Juli 1948 ausserehelich geborenes Kind klagten beim Bezirksgericht Baden gegen *Ernst* Hitz auf Entschädigung, Genugtuung und Unterhaltsbeiträge. Zur Begründung liess Margrith Friedlin in den Rechtsschriften durch einen Fürsprecher behaupten, der Beklagte habe ihr am 16. September 1947 beigewohnt und sei der Vater des Kindes. In der formellen Parteibefragung vom 28. März 1950 versicherte sie, diese Behauptung sei richtig. Im Strafverfahren, das vor der rechtskräftigen Beurteilung der Vaterschaftsklage gegen sie eingeleitet wurde, gab sie dann zu, bewusst die Unwahrheit gesagt zu haben, weil sie geglaubt habe, sie könne den verheirateten *Gustav* Erzer, mit dem allein sie in der kritischen Zeit geschlechtlich verkehrt habe, nicht belangen.»<sup>36</sup> 24

Wie die unmittelbar vorangehenden wirft auch dieses Beispiel insbesondere die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO bzw. Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>37</sup> 25

## 11. «Ungedeckter Check»

«Aus der Anklageschrift: In der Absicht, die durch das Kantonsgerichtspräsidium Appenzell-Ausserrhoden auszusprechende Konkursöffnung zu ver- 26

<sup>34</sup> OGer ZH/KassGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 45 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>35</sup> Siehe hinten N 112 ff.

<sup>36</sup> BGE 78 IV 84, Sachv. A (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>37</sup> Siehe hinten N 112 ff.

hindern, warf der Angeklagte am späten Abend des 28. Januar 1977 einen *Check* über Fr. 108 000.–, gezogen auf die V.-Bank in St. Gallen, in den Briefkasten des Kantonsgerichtspräsidenten, womit er belegen wollte, dass er über genügend Aktiven verfügte, um einen Konkurs abzuwenden, wobei er mit Vorbedacht verschwie, dass für diesen Betrag keine Deckung auf seinem Konto vorhanden war, obwohl er dem Kantonsgerichtspräsidenten auf dessen ausdrückliche Frage nach der Deckung versichert hatte, diese sei vorhanden. Da der Konkursrichter jedoch von Anfang an daran zweifelte, dass der vom Angeklagten überbrachte Check auch nur teilweise gedeckt sei, kam es am 31. Januar 1977 gleichwohl zur Konkurseröffnung über den Angeklagten, welche am 14. Februar 1977 rechtskräftig wurde. Bei gelungener Täuschung hätte der Angeklagte einen Vermögensvorteil in unbestimmter Höhe erlangt.»<sup>38</sup>

- 27 Wie die unmittelbar vorangehenden wirft auch dieses Beispiel die Frage auf, ob das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im Zivilprozess – konkret Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO – als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB ist.<sup>39</sup>

## 12. «GmbH»

- 28 G gründete zusammen mit seinem Neffen S eine *GmbH* für seinen Bruder T, damit dieser nicht mit eigenem Namen auftreten musste. Anschliessend kaufte T den Scheingründern die Anteile an der GmbH ab, was im Handelsregister jedoch nicht offengelegt wurde. T benutzte die GmbH, um den Aufwand in seiner AG zu erhöhen, indem er durch die GmbH Fremdarbeiter anmietete und zu massiv überhöhten Kosten an die AG weitervermietete, mit dem Ziel, den Ausgang seines Ehescheidungsverfahrens, namentlich die Höhe der von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge, zu beeinflussen. Das Gericht stellte bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge nicht auf Zahlen aus der fraglichen Zeit ab.<sup>40</sup>
- 29 Das Beispiel wirft die Frage auf, ob andere Inszenierungen im Zivilprozess als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB sind.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> OGer ZH, SJZ 1983, S. 231 f. (Hervorhebung hinzugefügt; = RStrS 1983, S. 108 ff.).

<sup>39</sup> Siehe hinten N 112 ff.

<sup>40</sup> Vgl. zum Ganzen BGer, Urteil v. 17.5.2011, 6B\_808/2010, E. 1.

<sup>41</sup> Siehe hinten N 127 ff.

### 13. «Lohnblatt»

Y. machte gegen X. ausstehenden Lohn geltend und reichte dem Gericht dazu einerseits ein selbst hergestelltes «Lohnblatt» Juli 2009 ein – welches betreffend des massgebenden Inhalts aus seiner Sicht keine täuschenden Angaben machte, und ohne je behauptet zu haben, es stamme von X. – und legte andererseits ein weiteres «Lohnblatt August» und eine «Rechnung August» im Zivilprozess *nicht* ins Recht.<sup>42</sup> 30

Wie das vorangehende wirft auch dieses Beispiel die Frage auf, ob andere Inszenierungen im Zivilprozess als *besondere Machenschaft* arglistig i.S.v. Art. 146 StGB sind.<sup>43</sup> 31

### 14. «Farbanschläge»

«Wie der durch die Kammer als erstellt erachtete Sachverhalt zeigt, hat der Angeschuldigte mittels einer echten Offerte von I. vom 2. September 1999 und schliesslich einer gefälschten Rechnung, angeblich vom 17. Januar 2000, versucht zu belegen, dass die Schaufenster des Geschäftes B2 durch die *Farbanschläge* des damaligen angeschuldigten A. bleibend beschädigt worden seien und hätten ersetzt werden müssen. Dadurch wollte er wissentlich zu Unrecht und in der Absicht, sich zu Lasten des damaligen Angeschuldigten unrechtmässig zu bereichern den Schaden, der durch die angeblich notwendige Erneuerung der Schaufenster verursacht worden sei, geltend machen. Gemäss den Erwägungen des Urteils (...) sprach der Richter deshalb keinen Schadenersatz für das zweite Ereignis zu, weil der Bezug der Rechnung zum Ereignis gefehlt habe. Auch die Zuspriechung der ersten Fr. 26 000.00 erfolgte nicht aufgrund der gefälschten Rechnung, sondern aufgrund der Offerte.»<sup>44</sup> 32

<sup>42</sup> KGer GR, Entscheid v. 25.5.2011, SK2 11 15, Sachv. A., E. 1, E. 3b, E. 3d.

<sup>43</sup> Siehe hinten N 127 ff.

<sup>44</sup> OGer BE, Urteil v. 16.12.2010, zitiert nach OGer BE, Urteil v. 5.12.2011, SK 2011 53, Auszug aus den Erwägungen/Massgebliche Strafverfahren/2. Strafverfahren gegen B. M. und B. F./lit. f (Kursivdruck unterdrückt, Hervorhebung hinzugefügt).

- 33 Das Beispiel wirft die Frage auf, ob ein tatbestandsmässiger Irrtum i.S.v. Art. 146 StGB vorliegt, namentlich, ob dieser auf eine arglistige Tathandlung zurückzuführen ist.<sup>45</sup>

## 15. «Nel frattempo deceduta»

- 34 A. fertigte als Beweis für eine Zahlung eine Quittung mit der Unterschrift des zwischenzeitlich verstorbenen Empfängers an: «Convenuto in una causa civile, A. ha contestato la richiesta risarcitoria dell'attore, invocando la compensazione con le spese da lui asseritamente sostenute in esecuzione del mandato, tra cui euro 30 000.– pagati per attestare l'autenticità di alcuni manoscritti che era stato incaricato di vendere. A comprova del pagamento, egli ha prodotto in causa una ricevuta di pari importo a firma della persona, *nel frattempo deceduta*, che ha proceduto all'esame dell'autenticità degli scritti. Da una perizia calligrafica ordinata dal giudice civile è risultato che la firma è apocrifa.»<sup>46</sup>
- 35 Das Beispiel wirft insbesondere die Frage auf, ob Absicht unrechtmässiger Bereicherung i.S.v. Art. 146 StGB vorliegt.<sup>47</sup>

## 16. «Frau Sp.»

- 36 «Gegen E. W. wurde folgende Anklage erhoben: Der Angeklagte hat, um sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, das Vermögen der Erben der am 10. Okt. 1914 in Zürich verstorbenen *Frau Sp.* zu beschädigen gesucht, indem er bei der Aufnahme des waisenamtlichen Inventars am 20. Oktober 1914, ferner am Tage der Testamentseröffnung am 20. Nov. 1914 gegenüber dem Sekretär G. des Waisenamtes der Stadt Zürich und im Zivilprozeß i.S. A. B. gegen W. betr. Feststellung, in der Referentenaudienz vor Bezirksgericht Zürich gegenüber dem Referenten am 11. Mai 1915 erklärte, er habe von der genannten Frau Sp. nie ein Darlehen von 2000 Fr. erhalten,

---

<sup>45</sup> Siehe hinten N 147 ff.

<sup>46</sup> BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, Sachv. A. (Hervorhebung hinzugefügt; = SJ 2014 I, S. 201 ff.).

<sup>47</sup> Siehe hinten N 297 ff.

und indem er einen dieses Darlehen betreffenden, von ihm unterzeichneten Schuldschein unterdrückte.»<sup>48</sup>

Das Beispiel wirft die Frage auf, ob eine Unterdrückung von Urkunden i.S.v. Art. 254 StGB vorliegt.<sup>49</sup> 37

## 17. «Naviculare links»

Folgender Sachverhalt wäre analog auch in einem Zivilprozess denkbar: 38  
«Am 28. November 1983 reichte das Versicherungsgericht des Kantons Zürich bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich Strafanzeige gegen X ein, da dieser in einem Verfahren vor diesem Gericht auf dessen Kanzlei anlässlich einer Akteneinsicht entweder am 3. oder am 11. September 1980 ein Röntgenbild des «*Naviculare links*» unbefugterweise aus den Akten entfernt habe. Am Verschwinden dieses Bildes habe er ein grosses Interesse, da er in diesem Prozess geltend mache, bei einem Rollstuhlunfall vom 28. November 1977 im Nachbehandlungszentrum Bellikon eine Fraktur des Naviculare an der linken Hand erlitten zu haben. Damit habe er das Gericht nämlich darüber täuschen wollen, dass es sich in Wirklichkeit nicht um einen Bruch, sondern um eine Operation (Pseudoarthroseoperation nach Matti Russe am linken Naviculare) handelt, die am 31. Januar 1978 im Kantonsspital Zürich durch Dr. S. aufgrund eines bereits im Jahre 1960 in Jugoslawien zugezogenen Bruches vorgenommen worden war, um so die nicht gegebene, uneingeschränkte Haftung der SUVA für diese Fraktur, für die Heilungskosten und für die daraus resultierende Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit herbeizuführen. Dazu komme, dass Prof. W., der von dieser Operation keine Kenntnis gehabt habe, in einem am 16. Februar 1978 erstellten Röntgenbefund irrtümlicherweise eine frische Fraktur des Naviculare attestiert habe. Der einzige Beweis, dass dem nicht so sei, dass also kein Bruch vorliege, könne einzig dem verschwundenen Röntgenbild entnommen werden. In der Folge gelang es jedoch dem Versicherungsgericht, eine Kopie des verschwundenen Röntgenbildes zu beschaffen, so dass der Prozess ordnungsgemäss weitergeführt werden konnte.»<sup>50</sup>

<sup>48</sup> OGer ZH, ZR 1917, S. 79 f., S. 79 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>49</sup> Siehe hinten N 388 ff.

<sup>50</sup> BezAnw ZH, SJZ 1984, S. 215 f., S. 215 (Hervorhebung hinzugefügt).

- <sup>39</sup> Wie das vorangehende wirft auch dieses Beispiel die Frage auf, ob eine Unterdrückung von Urkunden i.S.v. Art. 254 StGB vorliegt.<sup>51</sup>

### III. Gegenstand der Studie

- <sup>40</sup> Ziel der vorliegenden Studie ist es, die Folgen einer Täuschung des Gerichts durch die Partei bzw. ihren Vertreter im Zivilprozess nach geltendem schweizerischem Recht aufzunehmen, um daraus Schlüsse für die künftige Rechtsetzung zu ziehen.<sup>52</sup>
- <sup>41</sup> Zunächst wird zu prüfen sein, ob eine Strafbarkeit nach Art. 146 StGB vor der Betrugsdogmatik standhält (2. Kapitel).<sup>53</sup> Weiter wird sich nicht nur die Frage der Strafbarkeit nach anderen geltenden Straftatbeständen stellen (3. Kapitel),<sup>54</sup> sondern auch die Frage der zivilprozessualen und – soweit Rechtsanwälte als berufsmässige Vertreter involviert sind – aufsichtsrechtlichen Sanktionierung (4. Kapitel).<sup>55</sup> Abschliessend wird der Frage nachzugehen sein, welche Schlüsse daraus für das künftige Recht zu ziehen sind (5. Kapitel).<sup>56</sup>
- <sup>42</sup> In der Studie namentlich *nicht* behandelt wird die Täuschung der anderen Partei – und nicht des Gerichts – im Zivilprozess, etwa, um diese zu einem Klagerückzug, einer Klageanerkennung oder einem gerichtlichen Vergleich zu bewegen, was zuweilen als «Prozessbetrug i.w.S.» oder «Betrug im Prozess» bezeichnet wird,<sup>57</sup> genauso wenig wie die Täuschung des Gerichts zum Nachteil der Staatskasse oder eines gerichtlich bestellten Rechtsbeistands im Rahmen der unentgeltliche Rechtspflege.<sup>58</sup>

---

<sup>51</sup> Siehe hinten N 388 ff.

<sup>52</sup> Zur Aufnahme des rechtlichen Ist-Zustands als Teil der Impulsgebung bzw. des Rechtsetzungsprozesses vgl. G. MÜLLER/UHLMANN, N 110 ff., N 113 ff.

<sup>53</sup> Siehe hinten N 44 ff.

<sup>54</sup> Siehe hinten N 318 ff.

<sup>55</sup> Siehe hinten N 452 ff.

<sup>56</sup> Siehe hinten N 513 ff.

<sup>57</sup> Vgl. dazu etwa D. RÜETSCHI, S. 228 f.

<sup>58</sup> Vgl. dazu etwa – für das deutsche Recht – PIECH, S. 159 ff., S. 194 ff.



Grundlage der Studie bildet das ordentliche Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung als «Grundtyp des gerichtlichen Verfahrens vor erster Instanz»<sup>59</sup>.<sup>43</sup>

---

<sup>59</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 11. Kap. N 108; vgl. Art. 219 ZPO; Botschaft ZPO, S. 7338; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.49; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 1; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1008; WILLISEGGER, S. 287.



## 2. Kapitel: Strafbarkeit nach Art. 146 StGB

Nach der Grundlegung im ersten Kapitel gilt es im Folgenden die Frage zu beantworten, ob und, wenn ja, unter welchen Umständen eine Täuschung des Gerichts durch die Partei bzw. ihren Vertreter im Zivilprozess unter Art. 146 StGB subsumiert werden kann. Die Untersuchung wird zeigen, dass der Anwendungsbereich des Art. 146 StGB, wenn nicht – wie hier vertreten – ganz auszuschliessen, so doch zumindest äusserst schmal ist. <sup>44</sup>

### I. Objektiver Tatbestand

Den objektiven Tatbestand von Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt, wer jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt. <sup>45</sup>

Tathandlung ist entweder «jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführen» oder «ihn in einem Irrtum arglistig bestärken». <sup>46</sup> Die erste Alternative umschreibt das Verhalten als Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen, <sup>60</sup> das – arglistig – beim anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorruft, <sup>62</sup> wohingegen die Tathandlung in der zweiten Alternative nur über die Arglist und den Erfolg definiert ist: sie muss zur Folge haben, dass die von der Wirklichkeit bereits abweichende Vorstellung des anderen arglistig gefestigt <sup>63</sup> wird. Beide Male wirkt der Täter auf die Vorstellung des anderen, eines Menschen, ein. <sup>64</sup> Der

---

<sup>60</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 5.

<sup>61</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 13.

<sup>62</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 234.

<sup>63</sup> Vgl. CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 13 («enfoncer»).

<sup>64</sup> Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 234; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1190; NOLL, Besonderer Teil I, S. 197; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 54; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 30; a.M. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 56 f., nach welchem sich die Ziehung einer einsichtigen Grenze zwischen zwischenmenschlich-kommunikativen Kontakten und blossen Veränderungen der Wirklichkeit als unmöglich erwiesen habe, und für den konsequent wohl die Einwirkung auf die Wirklichkeit genügt.

hervorgerufene oder bestärkte Irrtum muss den anderen motivieren, über eigenes oder fremdes Vermögen zu verfügen,<sup>65</sup> welche Verfügung einen Vermögensschaden herbeiführt.<sup>66</sup>

- 47 Im Folgenden wird zunächst auf die beiden alternativen Tathandlungen eingegangen, wobei die Arglist separat im Anschluss daran behandelt wird, ebenso wie der Irrtum, die Vermögensverfügung und der Vermögensschaden.

## 1. Tathandlung

- 48 Es können, wie bereits erwähnt,<sup>67</sup> zwei alternative Tathandlungen unterschieden werden: «Irreführen durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen» und «Bestärken in einem Irrtum».

### A. Irreführung durch Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen

- 49 Die Vorspiegelung oder Unterdrückung beim Irreführen muss sich auf Tatsachen beziehen.<sup>68</sup> Tatsachen sind objektiv feststehende, mithin dem Beweis (an sich) zugängliche,<sup>69</sup> vergangene oder gegenwärtige, äussere oder innere Geschehnisse oder Zustände.<sup>70</sup>
- 50 Eine Tatsache spiegelt vor, wer eine nicht gegebene Tatsache als gegeben darstellt.<sup>71</sup> Eine Tatsache unterdrückt, wer eine gegebene Tatsache als nicht gegeben darstellt.<sup>72</sup> Mit anderen Worten spiegelt Tatsachen vor oder unterdrückt diese, wer eine unzutreffende Sicht der Realität präsentiert,<sup>73</sup> oder

---

<sup>65</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 4, N 29.

<sup>66</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 4, N 40.

<sup>67</sup> Siehe vorn N 46.

<sup>68</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 7.

<sup>69</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 36; DONATSCH, Strafrecht III, S. 222; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 6.

<sup>70</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.1; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 36 ff.; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 4; DONATSCH, Strafrecht III, S. 222; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1168 ff.; NOLL, Besonderer Teil I, S. 194; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 12 ff.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 7 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 4; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 6.

<sup>71</sup> CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 2; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 16.

<sup>72</sup> CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 6; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 16.

<sup>73</sup> CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 7.

nochmals anders ausgedrückt, wer eine *unzutreffende Erklärung über Tatsachen* abgibt.<sup>74</sup>

Erklärungen werden aus Verhalten abgeleitet.<sup>75</sup> Ob und gegebenenfalls welche Erklärung aus einem Verhalten abgeleitet wird, bestimmt sich nach dem Erklärungswert des Verhaltens.<sup>76</sup> Der Erklärungswert eines bestimmten Verhaltens ist im Einzelfall nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln,<sup>77</sup> d.h., das Verhalten ist so auszulegen, wie es nach den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.<sup>78</sup>

Auch das Verhalten der Parteien im Zivilprozess ist nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen.<sup>79</sup> Ausgangspunkt bildet der von den Parteien in ihren Eingaben verwendete oder in Verhandlungen geäußerte *Wortlaut*.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.1.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.1; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 5; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 14; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 4; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 2. Ob das Verhalten auf das Hervorrufen einer von der Wirklichkeit abweichenden Vorstellung gerichtet sein muss oder nicht, ist dagegen eine Frage des subjektiven Tatbestands.

<sup>76</sup> Vgl. BGE, Urteil v. 25.1.2005, 1A.261/2004, E. 4.1, E. 4.4; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 44 f.; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 224; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 23; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 14; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 3.

<sup>77</sup> «Nach Treu und Glauben (im Geschäftsverkehr)»: vgl. BGE 96 IV 145, E. 2; BGE, Urteil v. 25.1.2005, 1A.261/2004, E. 4.1, E. 4.4; BGE, Urteil v. 23.2.2012, 6B\_609/2011, E. 4.2.1; OGer ZH, SJZ 1967, S. 243 f.; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 43; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 5; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 2.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 132 III 626, E. 3.1: «(...) Erklärungen der Parteien [sind] aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten.» Im Grunde geht es nicht um die Auslegung von Erklärungen, sondern von äusseren Tatbeständen, d.h. Verhaltensweisen (JÄGGI, ZK OR V 1a, Art. 1 N 241).

<sup>79</sup> Vgl. BGE 105 II 149, E. 2a; GULDENER, *Zivilprozessrecht*, S. 262; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N 4.67, N 8.3; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 88; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 130 N 3.

<sup>80</sup> Anlässlich von Verhandlungen gemachte Ausführungen tatsächlicher Natur sind *dem wesentlichen Inhalt nach* schriftlich in der Amtssprache zu protokollieren, soweit sie nicht in den Schriftsätzen der Parteien enthalten sind (Art. 235 Abs. 2 Satz 1 ZPO; vgl. LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 235 N 7, N 14 f.; PAHUD, DK ZPO, Art. 235 N 6, N 20; WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 235 N 29 ff.). Sie können *zusätzlich* auf Tonband, auf Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden (Art. 235 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. EGLI, S. 630).

Gestik und Mimik, die unter anderen Umständen ohne weiteres als Erklärung aufgefasst werden dürften und müssten, z.B. ein Kopfnicken, genügen im Zivilprozess regelmässig nicht, um daraus eine Erklärung abzuleiten.<sup>81</sup> Das Gericht ist in einem solchen Fall gehalten, mit Anschlussfragen eine Äusserung in Worten zu provozieren (Art. 56 ZPO).

- <sup>53</sup> Der Umstand, dass sich das Verhalten im Zivilprozess und nicht im «Geschäftsverkehr»<sup>82</sup> abspielt, bringt weitere grundsätzliche Besonderheiten mit sich,<sup>83</sup> auf die im Rahmen der folgenden Betrachtung typischer Verhaltensweisen, die für den Prozessbetrug von Bedeutung sind, einzugehen ist.

#### **a) Unzutreffende Tatsachenbehauptungen**

- <sup>54</sup> Das Gericht wendet Recht bzw. Rechtsnormen an (vgl. Art. 57 ZPO). Rechtsnormen können typischerweise in Tatbestand und Rechtsfolge zerlegt werden.<sup>84</sup> «Tatbestand ist die Summe der (generell-abstrakt umschriebenen)

---

Die zwingende schriftliche Form der Protokollierung setzt eine Auswahl und Interpretation voraus (PAHUD, DK ZPO, Art. 235 N 20; vgl. H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 176 N 3; vgl. auch EGLI, S. 634, nach welcher insb. das Vorverständnis des Gerichtsschreibers sich wie ein Filter auf die Protokollierung auswirke und die Gefahr der Verfälschung in sich berge). Dem Gerichtsprotokoll kommt dennoch erhöhte (vgl. LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 235 N 4, natürliche Vermutung; demgegenüber SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 44, gesetzliche Vermutung von Art. 179 ZPO) sowie positive und negative Beweiskraft zu (PAHUD, DK ZPO, Art. 235 N 4; WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 235 N 4; vgl. auch – zum früheren kantonalen Recht – HAUSER, Protokollierung, S. 180; zu Einvernahmeprotokollen im Strafverfahren CAPUS/STOLL, S. 206), so dass letztlich das darin Beurkundete massgebend ist. Vgl. auch OGer ZH, ZR 1917, S. 79 f., S. 80: «Die maßgebende Prozeßgrundlage bildet einzig das in der Hauptverhandlung Ausgeführte und das über diese Vorbringen aufgenommene Protokoll»; CAPUS, S. 189: «Das bedeutet nämlich – und damit stossen wir auf die immense Gestaltungskraft des Protokolls –, dass mit der protokollierenden Technik das Recht seine eigene Wahrheit über die Wirklichkeit anlegt und der Schreibakt des Protokollierens nichts weniger als ein Fakten produzierender Akt ist (performative, sich faktifizierende Bewegung).»

<sup>81</sup> Vgl. a.M. – zum falschen Zeugnis – PFÄFFLI, S. 58.

<sup>82</sup> Siehe vorn Fn. 77.

<sup>83</sup> Vgl. GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 8; vgl. auch Minderheit OGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 47 (Hervorhebung kursiv statt gesperrt): «Im Zivilprozeßverfahren sind eben die Erklärungen der Parteien anders zu bewerten als im gewöhnlichen Privatverkehr; denn sie unterliegen ja einerseits der Kontrolle und Korrektur durch den Prozeßgegner und andererseits der Überprüfung durch den Richter.»

<sup>84</sup> HÜRLIMANN-KAUP/J. SCHMID, N 20.

Voraussetzungen, an deren Vorhandensein das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft»<sup>85</sup>, und «Rechtsfolge ist die vom Gesetz angeordnete Sanktion zwischen den Privaten (...)»<sup>86</sup>.

Streben die Parteien im Zivilprozess den Eintritt einer bestimmten, im 55  
Rechtsbegehren formulierten Rechtsfolge an, haben sie ein Interesse daran, dem Gericht die vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen darzulegen.<sup>87</sup> Die Darlegung dieser einzelnen Voraussetzungen wird zivilprozessual als *Behauptung* bezeichnet (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO).<sup>88</sup>

#### aa) *Sachumstände*

Idealtypisch entsprechen die vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen 56  
einer Rechtsfolge direkt einem Sachumstand, d.h. einem objektiv feststehenden, mithin dem Beweis (an sich) zugänglichen, vergangenen oder gegenwärtigen, äusseren oder inneren Geschehnis oder Zustand, und damit einer Tatsache, «(...) [w]ie die Absendung der Antwort auf eine Offerte, Art. 5 OR, die Aufforderung zur Rückzahlung eines Darlehens, Art. 318 OR, (...) die Beiwohnung durch den Vaterschaftsbeklagten, Art. 262 ZGB»<sup>89</sup>. Entsprechende unzutreffende Behauptungen sind *ohne weiteres* eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen.

#### bb) *Rechtsbegriffe*

In einem Rechtssatz erscheinen aber nicht selten auch Rechtsbegriffe als 57  
Voraussetzung einer Rechtsfolge,<sup>90</sup> zum Beispiel «der Besitzer» in Art. 928 Abs. 1 ZGB. Rechtsbegriffe als Tatbestandsmerkmale sind an sich keine Tatsachen; sie sind vielmehr Schlüsse, die aus konkreten Tatsachen gezogen werden.<sup>91</sup> So setzt der Besitz konkrete Tatsachen voraus, die die tatsächliche

<sup>85</sup> HÜRLIMANN-KAUP/J. SCHMID, N 21 (Fettdruck unterdrückt).

<sup>86</sup> HÜRLIMANN-KAUP/J. SCHMID, N 22 (Fettdruck unterdrückt).

<sup>87</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 166. Siehe auch vorn N 2.

<sup>88</sup> BRÖNNIMANN, Diss., S. 21; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57.

<sup>89</sup> BRÖNNIMANN, Diss., S. 139 Fn. 703; vgl. BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 60.

<sup>90</sup> Vgl. BRÖNNIMANN, Diss., S. 139 f.; SARBACH, Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 26.

<sup>91</sup> BRÖNNIMANN, Diss., S. 140; vgl. SARBACH, Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 26; vgl. auch ARDINAY, S. 229 (Hervorhebung hinzugefügt): «Gegenstand der Täuschung können *neben* Tatsachen auch Rechtsverhältnisse sein»; demgegenüber DONATSCH, Strafrecht III, S. 222 (Hervorhebung unterdrückt): «Zu den Tatsachen gehören auch Rechtsverhältnisse (...)».

Gewalt über eine Sache begründen (Art. 919 Abs. 1 ZGB). Das Anführen der Rechtsbegriffe als solche stellt damit grundsätzlich keine Erklärung über Tatsachen dar.<sup>92</sup>

- 58 Zivilprozessual darf und muss das Gericht im Vortrag von Rechtsbegriffen aber unter Umständen die Darlegung der diesen Rechtsbegriffen bei zutreffender Subsumtion notwendig unterliegenden Tatsachen erkennen. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich um einfache, allgemein geläufige (Rechts-)Begriffe des täglichen Lebens handelt,<sup>93</sup> «(...) wie etwa Kauf, Schenkung oder Miete»<sup>94</sup>.
- 59 Wie es sich unter der Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Einzelnen verhält, ist noch weitgehend ungeklärt.<sup>95</sup> Die angeführten Beispiele zeigen, dass die Grenzen zwischen Sachumständen, einfachen, allgemein geläufigen (Rechts-)Begriffen und übrigen Rechtsbegriffen fließend und nicht klar bzw. nur im Einzelfall bestimmbar sind. Gilt aber ein Vortrag von Rechtsbegriffen zivilprozessual als Erklärung über Tatsachen, kann strafrechtlich nichts anderes gelten. Entsprechende unzutreffende Behauptungen sind eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen.

#### *cc) Mutmassungen*

- 60 Es kommt weiter vor, dass eine Partei keine Kenntnis darüber hat, ob eine Voraussetzung der angestrebten Rechtsfolge gegeben ist oder nicht.<sup>96</sup> In dieser Situation genügt die Behauptung, eine Tatsache liege *mutmasslich* vor, zivilprozessual nicht.<sup>97</sup> Erforderlich ist vielmehr, die (mutmassliche) Tatsa-

---

<sup>92</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 9.

<sup>93</sup> Vgl. BRÖNNIMANN, Diss., S. 139 ff., insb. S. 147; SARBACH, Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 26; vgl. auch KRELL, S. 103.

<sup>94</sup> SARBACH, Aufklärungs- und Fragepflicht, S. 26.

<sup>95</sup> Vgl. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 298; vgl. aber auch DOLGE, Substanziierung, S. 22 (Hervorhebung kursiv statt fett): «Eine Tatsachenbehauptung braucht nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsache *in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen* oder Umrissen behauptet worden ist.»

<sup>96</sup> Vgl. P. HAFTER, N 1276; vgl. auch GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 29; vgl. ferner KRELL, S. 103; PIECH, S. 113 ff.

<sup>97</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.4.3; vgl. auch GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 29; PIECH, S. 114 f.



che als gegeben zu behaupten.<sup>98</sup> Wird eine solche Behauptung abgegeben und trifft diese nicht zu, handelt es sich objektiv um eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen.<sup>99</sup>

#### dd) Implikationen

Implizite Behauptungen, d.h. solche, die sich *nicht* unmittelbar auf den von den Parteien in ihren Eingaben verwendeten oder in Verhandlungen geäußerten Wortlaut stützen lassen, werden zivilprozessual nur soweit angenommen, als sie «offensichtlich» in expliziten Äusserungen (mit-)enthalten sind.<sup>100</sup> Entsprechende Zurückhaltung ist geboten bei der Annahme impliziter Erklärungen über Tatsachen.<sup>101</sup>

Als Beispiel genannt werden kann etwa die in der Behauptung eines äusseren rechtsgeschäftlichen Erklärungsvorgangs eingeschlossene Behauptung des entsprechenden Willens und Konsenses.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 54. Es bleibt eine Erklärung über Tatsachen, auch wenn «(...) es insoweit nicht um <bewiesene Tatsachen>, sondern <zu beweisende Tatsachenbehauptungen> (...) [geht]» (BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.4.3); vgl. GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 29; vgl. auch PIECH, S. 114 f.

<sup>99</sup> Vgl. PIECH, S. 113 Fn. 533; vgl. auch KRELL, S. 104. Siehe auch vorn Fn. 75.

<sup>100</sup> Vgl. BGer, FZR 1992, S. 71 ff., S. 72; BRÖNNIMANN, Diss., S. 116; BRÖNNIMANN, Untersuchungsmaxime, S. 352; BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, § 75 aZPO/AG N 16; LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 221 N 42; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.26; OTT, S. 17; HOHL, N 218; KUMMER, BK ZGB 1962, Art. 8 N 45; SARBACH, Verhandlungsmaxime, S. 698; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 28 N 41.

<sup>101</sup> Siehe sogleich N 63 ff.

<sup>102</sup> Vgl. JÄGGI, S. 148; KUMMER, BK ZGB 1962, Art. 8 N 45; OTT, S. 17. Die häufig angeführten Beispiele der Aktivlegitimation (BRÖNNIMANN, Diss., S. 116; BRÖNNIMANN, Untersuchungsmaxime, S. 352; BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, § 75 aZPO/AG N 16; H. GUYAN, S. 29; HALDY, S. 195 Fn. 47; HOHL, N 218; KUMMER, BK ZGB 1962, Art. 8 N 45; MARTIN, S. 41; OTT, S. 17; PERRET, S. 263; SARBACH, Verhandlungsmaxime, S. 698; vgl. BGE 48 II 347, E. 4; BGer, FZR 1992, S. 71 ff., S. 73; BGer, Urteil v. 11.11.2008, 4A\_165/2008, E. 7.3.2) und der offensichtlich vorhandenen Prozessvoraussetzungen (BRÖNNIMANN, Diss., S. 116; BRÖNNIMANN, Untersuchungsmaxime, S. 352; BÜHLER, in: Bühler/Edelmann/Killer, § 75 aZPO/AG N 16; SARBACH, Verhandlungsmaxime, S. 698) erscheinen im vorliegenden Zusammenhang unpassend: Die Aktivlegitimation ist keine Tatsache, sondern ein rechtlicher Schluss, der aus konkreten Tatsachen gezogen werden muss, mithin eine materielle Rechtsfrage, deren Beantwortung Teil der richterlichen Rechtsanwendung ist (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 5.24). Und Prozessvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO),

**b) Unvollständige Darstellung des Sachverhalts**

- <sup>63</sup> Problematisch und im Rahmen des untersuchten Verhaltens von Bedeutung ist die unvollständige Darstellung des Sachverhalts,<sup>103</sup> was das Fallbeispiel «École de Bénédictines»<sup>104</sup> gut zu veranschaulichen vermag. Ausgehend davon, dass die Ehefrau im Ehetrennungs- bzw. Ehescheidungsverfahren u.a. den Ehemann des Ehebruchs bezichtigte und gleichzeitig verschwie, dass sie selbst Ehebruch begangen hatte, kann man sich fragen, ob sie mit diesem Verhalten nicht (implizit) die Erklärung abgab, sie habe keinen Ehebruch begangen.
- <sup>64</sup> Nach den vom Bundesgericht im Wesentlichen wiedergegebenen Erwägungen des Kantonsgerichts des Kantons Neuenburg ist entscheidend, ob eine *Pflicht* besteht, sich zur verschwiegenen Tatsache zu äussern.<sup>105</sup> Im konkreten Fall konnte das Gericht keine solche Pflicht erkennen, nicht in Art. 159 Abs. 3 ZGB, wonach die Ehegatten einander Treue und Beistand schulden, aber auch nicht in der Schwierigkeit, den vollständigen Sachverhalt zu erkennen.<sup>106</sup>
- <sup>65</sup> Die Erwägungen des Kantonsgerichts des Kantons Neuenburg erscheinen insofern wenig überzeugend, als es zur Ermittlung des Erklärungswerts des Verhaltens der Ehefrau *gegenseitige Rechte und Pflichten der Ehegatten* in den Vordergrund stellt – zumal die zugrundeliegende enge (Vertrauens-)Beziehung im Zivilprozess hinfällig ist.<sup>107</sup> Für die Ermittlung des Erklärungswerts des Verhaltens der Parteien im Zivilprozess drängen sich vielmehr das Prozessrechtsverhältnis und die daraus hervorgehenden Rechte und Pflichten auf.<sup>108</sup>

---

weshalb es auf deren Behauptung nicht ankommt. Allgemein als unglücklich gewählt muss das oft genannte Beispiel der Handlungsfähigkeit gelten (vgl. dazu BRÖNNIMANN, Diss., S. 116 Fn. 598; SARBACH, Verhandlungsmaxime, S. 698).

<sup>103</sup> Vgl. D. RÜETSCHLI, S. 230 f.

<sup>104</sup> Siehe vorn N 6.

<sup>105</sup> BGer, Urteil v. 21.11.2006, 5C.124/2006, Sachv. C.b.

<sup>106</sup> BGer, Urteil v. 21.11.2006, 5C.124/2006, Sachv. C.c.

<sup>107</sup> Siehe hinten N 92.

<sup>108</sup> Vgl. KRELL, S. 103 m.w.H.: «Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass die Auslegung des Erklärungsinhalts normativ von der Erklärungs- und Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO/[D]) abhängt, mithin prozessrechtsakzessorisch sei.»

D. RÜETSCHI weist in diesem Zusammenhang auf eine *Vollständigkeitspflicht* der Parteien hin.<sup>109</sup> Äussere sich eine Partei im Zivilprozess zum Sachverhalt, liege in jeder unvollständigen Äusserung auch eine unwahre Äusserung.<sup>110</sup> Die Argumentation steht und fällt mit der Geltung einer Vollständigkeitspflicht der Parteien im Zivilprozess. 66

Der Schweizerischen Zivilprozessordnung lässt sich zwar explizit weder eine Wahrheits- noch eine Vollständigkeitspflicht entnehmen.<sup>111</sup> Es entspricht dennoch der herrschenden Meinung, dass die Parteien im Zivilprozess insoweit eine Wahrheitspflicht trifft, als sie weder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen aufstellen noch wahre Tatsachen wissentlich bestreiten dürfen.<sup>112</sup> Das ist allerdings nicht mit einer Vollständigkeitspflicht gleichzusetzen, die heute nur vereinzelt postuliert wird.<sup>113</sup> P. HAFTER ist zuzustimmen, wenn er – aus der Sicht eines Anwalts – dafür einsteht, dass eine gewisse Vereinfachung des behaupteten Sachverhalts zulässig sein müsse, allenfalls auch die Auslassung von Einzelheiten, selbst wenn diese für die Auseinandersetzung erheblich seien.<sup>114</sup> Als Grundsatz gelte, «(...) dass alles, was dem Verständnis und der Stützung des vertretenen Standpunktes dient, vorzubringen ist, und dass alles, was diesen Zielen nicht dient, weggelassen werden sollte»<sup>115</sup>. Dass etwas anderes gelten soll, wenn das Vorbringen von 67

<sup>109</sup> D. RÜETSCHI, S. 231, insb. m.H.a. HABSCHEID, N 549 f.

<sup>110</sup> D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>111</sup> Vgl. P. HAFTER, N 3196; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 6.

<sup>112</sup> BOHNET, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 52 CPC N 47; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 22; GEHRI, BSK ZPO, Art. 52 N 6; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11 f.; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 28; SCHENKER, SHK ZPO, Art. 52 N 10; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 68; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 4; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZK ZPO, Art. 52 N 27 ff.; vgl. KassGer ZH, ZR 1969, S. 322 ff., S. 325; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189; vgl. auch H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 160 N 5; a.M. – insoweit, als vertretende Rechtsanwälte wahre Tatsachen wider besseres Wissen bestreiten dürfen bzw. müssen – G. NAEGELI, S. 294 f.; SCHILLER, N 1511. Siehe auch hinten N 455 ff.

<sup>113</sup> Vgl. so etwa OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 6 insb. m.H.a. HABSCHEID, N 549; vgl. auch AFFOLTER, S. 123 f.; vgl. ferner G. NAEGELI, S. 294 f.

<sup>114</sup> P. HAFTER, N 3203; vgl. G. NAEGELI, S. 294 («Auslassen von unerheblichen Details»); SCHILLER, N 1526 («ungünstige Begebenheiten herabspielen oder davon ablenken»).

<sup>115</sup> P. HAFTER, N 741.

einer Partei selbst und nicht von einem Anwalt als Vertreter einer Partei ausgeht, ist nicht einzusehen.<sup>116</sup>

- 68 Das Gericht darf und muss unter diesen Umständen davon ausgehen, dass eine Partei nicht mehr, nicht weniger und auch nichts anderes erklärt, als das, was sich unmittelbar auf den in ihren Eingaben verwendeten oder in Verhandlungen geäußerten Wortlaut stützen lässt. Der Eindruck, dass es sich dabei um «die ganze Wahrheit» handelt, kann und darf beim Gericht mangels Vollständigkeitspflicht der Parteien nicht entstehen.<sup>117</sup>
- 69 Im Ergebnis verdient die Ansicht des Kantonsgerichts des Kantons Neuenburg deshalb Zustimmung. Es wäre falsch, der Ehefrau im eingangs erwähnten Fallbeispiel zu unterstellen, sie hätte erklärt, selbst keinen Ehebruch begangen zu haben, indem sie dem Ehemann einen solchen vorwarf und den eigenen verschwieg. Daran ändert auch nichts, dass sie ihre Tatsachenbehauptungen mit Ausführungen zu ihrer Erziehung ergänzte, die ihre Position stärken sollten. Aus einer Sachverhaltsdarstellung kann und darf keine Erklärung über Tatsachen abgeleitet werden, auf die im Wortlaut nicht unmittelbar Bezug genommen wird.

### **c) *Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen***

- 70 Eine Partei kann nicht nur Tatsachenbehauptungen aufstellen, sie kann auch solche der anderen Partei *anerkennen* (Art. 222 Abs. 2 ZPO), d.h. «bestätigen, als gültig, richtig bejahen»<sup>118</sup>. Gibt eine Partei im Rahmen ihrer Tatsachenbehauptungen eine Erklärung über Tatsachen ab, stellt deren Anerkennung eine übereinstimmende Erklärung über Tatsachen dar.

---

<sup>116</sup> Vgl. aber G. NAEGELI, S. 295, wonach «(...) die Parteien [den Sachverhalt] wahrheitsgemäss und, soweit er ihnen bekannt ist, vollständig darlegen sollen».

<sup>117</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 46 ff. In der Terminologie von ARZT handelt es sich um eine *erlaubte sozialadäquate Form der Täuschung*.

<sup>118</sup> Wahrig-Burfeind Renate (Hrsg.), Brockhaus, WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, Mit einem Lexikon der Sprachlehre, 9. Aufl., Gütersloh/München 2010, Stichwort: «anerkennen», Ziff. 1 (Kursivdruck unterdrückt); vgl. Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2010, Stichwort: «anerkennen», Ziff. 1 (Kursivdruck/Hervorhebung unterdrückt): «für rechtmässig, gültig erklären (...). Syn.: bestätigen»; vgl. auch Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2010, Stichwort: «bestätigen», lit. a (Kursivdruck/Hervorhebung unterdrückt): «(...) (etwas) für richtig, zutreffend erklären (...). Syn.: bezeugen.»

Unproblematisch ist die Konstellation, in der eine Partei Tatsachenbehauptungen der anderen Partei *im Einzelnen* ausdrücklich anerkennt. Nicht selten äussert sich eine Partei aber nicht ausdrücklich oder ausdrücklich nur ungenügend zu den einzelnen von der anderen Partei erklärten Tatsachen. Wie bei Tatsachenbehauptungen muss auch bei deren Anerkennung gelten, dass das Gericht davon ausgehen darf und muss, dass eine Partei nicht mehr, nicht weniger und auch nichts anderes erklärt, als das, was sich unmittelbar auf den in ihren Eingaben verwendeten oder in Verhandlungen geäusserten Wortlaut stützen lässt.<sup>119</sup> Dafür spricht auch der Umstand, dass Art. 148 Abs. 2 E-ZPO<sup>120</sup> vom Ständerat als unverständliche und zu Art. 219 Abs. 2 E-ZPO<sup>121</sup> im Widerspruch stehende Norm gestrichen worden ist.<sup>122</sup> Jenseits der *ausdrücklichen* Anerkennung soll es offenbar keine anerkennende Erklärung geben. Davon auszunehmen ist – analog zur Implikation bei unzutreffenden Tatsachenbehauptungen – nur die Anerkennung, die «offensichtlich» in der ausdrücklichen Anerkennung einer Tatsachenbehauptung enthalten ist (implizite Anerkennung).<sup>123</sup>

Aus der Beweisregel, wonach Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, streitige Tatsachen sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO), quasi den Umkehrschluss zu ziehen, ungenügende bzw. fehlende Bestreitung sei Anerkennung, mithin eine Erklärung über Tatsachen,<sup>124</sup> geht zu weit. Dies würde eine Bestreitungspflicht voraussetzen, wo das schweizerische Zivilprozessrecht jedoch bloss eine Bestreitungs*last* kennt, deren Nichtbeachtung lediglich prozessuale Nachteile zur Folge hat,<sup>125</sup> konkret, dass das Gericht die nicht oder ungenügend bestrittene unzutreffende Tatsachenbehauptung dem Entscheid zugrunde legen kann.

<sup>119</sup> Siehe vorn N 68.

<sup>120</sup> «Ob eine weder ausdrücklich bestrittene noch ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist, beurteilt das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens.»

<sup>121</sup> «Für die Klageantwort gilt Artikel 218 sinngemäss. Die beklagte Partei hat darzulegen, ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden.»

<sup>122</sup> AB 2007 S. 514; vgl. LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 222 N 20.

<sup>123</sup> Siehe vorn N 61.

<sup>124</sup> Vgl. unklar GLASL, DK ZPO, Art. 55 N 20 («konkludente Tatsachenanerkennung»).

<sup>125</sup> Zur Bestreitung als Last vgl. GLASL, DK ZPO, Art. 55 N 18.

**d) Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen**

- <sup>73</sup> Eine Partei kann weiter Tatsachenbehauptungen der anderen Partei *bestreiten* (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Nach P. HAFTER lasse sich – aus der Sicht eines Anwalts – der Standpunkt vertreten, «(...) dass die Worte <ich bestreite> in einem vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren nicht mehr und nichts anderes bedeuten, als <ich verlange, dass mein Gegner diese Behauptung beweist>»<sup>126</sup>. Diese Ansicht ist mit der Auffassung von BRÖNNIMANN abzulehnen: «Das Verneinen der von der Gegenpartei angeführten Sachumstände ist seinerseits ein Behaupten, nämlich das Behaupten des kontradiktorischen Gegenteils, allenfalls in der Form einer abweichenden Sachdarstellung.»<sup>127</sup> Oder mit den Worten von KRELL – für das deutsche Recht –: «(...) Bestreiten ist nicht etwa die bloße Aufforderung an den Gegner, er möge Beweis antreten, sondern die Erklärung, der behauptete Vorgang habe sich so nicht abgespielt.»<sup>128</sup> Der Grund für eine Beweisabnahme liegt nicht im beliebigen Antrag einer Partei, sondern im Zweifel an der Richtigkeit einer Erklärung über Tatsachen (vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO). Der Zweifel wird dadurch ausgelöst, dass von zwei sich widersprechenden Tatsachenbehauptungen nur eine zutreffend sein kann.
- <sup>74</sup> Erneut besteht die Möglichkeit, dass sich eine Partei nicht oder nur ungenügend zu den einzelnen von der anderen Partei erklärten Tatsachen ausdrücklich äussert, und wie bei den Tatsachenbehauptungen und deren Anerkennung muss auch für das Bestreiten von Tatsachenbehauptungen gelten, dass das Gericht davon ausgehen darf und muss, dass eine Partei nicht mehr, nicht weniger und auch nichts anderes erklärt, als das, was sich unmittelbar auf den in ihren Eingaben verwendeten oder in Verhandlungen geäusserten

---

<sup>126</sup> P. HAFTER, N 3207 (Hervorhebungen unterdrückt); vgl. G. NAEGELI, S. 295 (Hervorhebung unterdrückt): «Versteht man die Formulierung <ich bestreite> im Sinn Hafters nicht als Behauptung, dass die von der Gegenseite behauptete Tatsache nicht bestehe, sondern bloss als Aufforderung an den Prozessgegner, die Behauptung zu belegen, so entschärft sich der Konflikt: Die Anwältin stellt mit ihrer Bestreitung nicht eine unwahre Behauptung auf, und sie bestreitet unter Umständen in bester Wahrnehmung des Mandatsauftrages die gegnerischen Behauptung wider besseres Wissen»; vgl. auch HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 150 N 18 (Hervorhebung hinzugefügt): «Die Bestreitung *impliziert das Begehren*, die gegnerische Sachbehauptung durch Beweiserhebung einer Wahrheitsprüfung zu unterziehen.»

<sup>127</sup> BRÖNNIMANN, Diss., S. 21 m.w.H.

<sup>128</sup> KRELL, S. 104 m.w.H.

Wortlaut stützen lässt.<sup>129</sup> Auf den auch dafür sprechenden Umstand, dass Art. 148 Abs. 2 E-ZPO im Parlament gestrichen wurde, ist bereits hingewiesen worden.<sup>130</sup> Demnach besteht eine Ausnahme wiederum nur für die Bestreitung, die «offensichtlich» in der ausdrücklichen Bestreitung einer Tatsachenbehauptung enthalten ist (implizite Bestreitung),<sup>131</sup> etwa die in der Bestreitung eines äusseren rechtsgeschäftlichen Erklärungsvorgangs eingeschlossene Bestreitung des entsprechenden Willens und Konsenses.<sup>132</sup>

### **e) *Rechtliche Begründung***

Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht vor, dass die Parteien ihre 75 Rechtsbegehren rechtlich begründen können (Art. 221 Abs. 3 ZPO), auch wenn das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO) und an die Rechtsauffassungen der Parteien nicht gebunden ist.<sup>133</sup>

Eine rechtliche Begründung ist nichts anderes, als die Vorwegnahme der 76 Rechtsanwendung des Gerichts, also die Subsumtion von Tatsachen unter Rechtsnormen. Diese rechtliche Würdigung ist keine Erklärung über Tatsachen, sondern eine Erklärung eines (Wert-)Urteils.<sup>134</sup>

Im Rahmen rechtlicher Begründung kann es zwar durchaus auch zu Erklä- 77 rungen über Tatsachen kommen, insbesondere beim Zitieren von Lehre und Rechtsprechung, wie im Fallbeispiel «Gerichtsentscheidungen»<sup>135</sup>, in dem eine Partei unzutreffend behauptet, «(...) es gebe gerichtliche Entscheidungen, in denen das Vorgehen der G als mit dem Wohnungsbindungsgesetz vereinbar erklärt worden sei»<sup>136</sup>. Weil aber – so das Oberlandesgericht Koblenz – jeder Richter dazu verpflichtet sei, den ihm vorgetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen, sei eine Erklärung, wie sie der Beschuldigte abgegeben habe, nicht dazu geeignet, die von dem Gericht zu treffende Entscheidung zu beeinflussen.<sup>137</sup> Aus eben diesem Grund liess das

<sup>129</sup> Siehe vorn N 68, N 71.

<sup>130</sup> Siehe vorn N 71.

<sup>131</sup> Vgl. LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 222 N 21; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.82. Siehe auch vorn N 61, N 71.

<sup>132</sup> Siehe vorn N 62.

<sup>133</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.49; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 388.

<sup>134</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 230.

<sup>135</sup> Siehe vorn N 8.

<sup>136</sup> OLG Koblenz, NJW 2001, S. 1364.

<sup>137</sup> OLG Koblenz, NJW 2001, S. 1364.

Oberlandesgericht die Möglichkeit eines Prozessbetrugs am fehlenden Verursachungszusammenhang zwischen der Behauptung der Partei und einem allfälligen Irrtum des Gerichts scheitern. Diesen spezifischen Konstellationen unzutreffender Erklärungen über Tatsachen fehlt es allerdings bereits an der – im schweizerischen Recht vorausgesetzten – Arglist.<sup>138</sup>

### *f) Begehung durch Unterlassen*

- 78 In der Lehre wird zuweilen auch die Begehung eines Prozessbetrugs durch Unterlassen diskutiert. Im Vordergrund stehen drei denkbare Konstellationen: Einmal der Fall, dass sich die tatsächlichen Umstände, über die eine Partei bereits eine Erklärung abgegeben hat, während des Prozesses ändern und die Partei dies nicht mitteilt.<sup>139</sup> Weiter der Fall, dass eine Partei eine unzutreffende Erklärung abgibt, sich dessen aber erst später im Verlauf des Prozesses bewusst wird.<sup>140</sup> Und schliesslich noch die Konstellation, wie sie hier bereits einmal am Fallbeispiel «École de Bénédictines»<sup>141</sup> zur Sprache gekommen ist:<sup>142</sup> eine Partei gibt in Bezug zu einer Tatsache überhaupt keine Erklärung ab.<sup>143</sup>
- 79 Nach dem im schweizerischen Recht ganz herrschend vertretenen Subsidiaritätsprinzip ist ein bestimmtes Verhalten erst dann als Unterlassung zu beurteilen, wenn nicht an eine Handlung angeknüpft werden kann.<sup>144</sup> Wie bereits erläutert, besteht die erste alternative Tathandlung des Betrugs darin, eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen abzugeben.<sup>145</sup> Die Begehung eines Prozessbetrugs durch Unterlassen wird damit also erst aktuell, wenn im Verhalten einer Partei im Zivilprozess die Abgabe einer unzutreffenden Erklärung in Bezug auf eine bestimmte Tatsache nicht zu erkennen wäre.

---

<sup>138</sup> Siehe hinten N 100 ff.

<sup>139</sup> Vgl. KRELL, S. 104; D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>140</sup> Vgl. KRELL, S. 104; PIECH, S. 55; D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>141</sup> Siehe vorn N 6.

<sup>142</sup> Siehe vorn N 63 ff.

<sup>143</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>144</sup> Vgl. BGE 115 IV 199, E. 2a; BGE 129 IV 119, E. 2.2; CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 9; DONATSCH/TAG, S. 301; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1291; RIKLIN, § 19 N 8; SEELMANN, S. 104; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, Vor § 14 N 2; TRECHSEL, *Allgemeiner Teil I*, S. 247.

<sup>145</sup> Siehe vorn N 50.



aa) *Veränderte tatsächliche Umstände*

Für die Konstellation der sich ändernden Umstände ist folgendes zu erwä- 80  
gen: Ob im Verhalten einer Partei im Zivilprozess eine Abgabe einer unzu-  
treffenden Erklärung über Tatsachen erkannt wird oder nicht, hängt massge-  
blich davon ab, wie das zu beurteilende Verhalten eingegrenzt wird.<sup>146</sup> Nach  
DONATSCH/TAG kann «(...) [d]ie Eingrenzung des strafrechtlich zu beurtei-  
lenden Verhaltens (...) nur dann in sachgerechter Weise erfolgen, wenn des-  
sen soziale Bedeutung im Gesamtverlauf des Geschehens berücksichtigt  
wird»<sup>147</sup>. Bei der Eingrenzung des zu beurteilenden Verhaltens einer Partei  
im Zivilprozess hat man sich vorliegend mithin am Zivilprozessrecht zu  
orientieren. Die Schweizerische Zivilprozessordnung kennt zwar einen Ak-  
tenschluss, nach welchem das Vorbringen von neuen Tatsachen und Be-  
weismitteln (Noven) grundsätzlich ausgeschlossen ist,<sup>148</sup> weil es für die  
beförderliche Erledigung eines Zivilprozesses unabdingbar ist, dass die Par-  
teivorbringen zeitlich konzentriert und möglichst in einem Prozessstadium  
abgegeben werden.<sup>149</sup> Nach Aktenschluss vorgebrachte Tatsachen und Be-  
weismittel sind aber u.a. dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach Akten-  
schluss entstanden sind und ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229  
Abs. 1 lit. a ZPO). Spätestmöglicher Zeitpunkt für ein entsprechendes Vor-  
bringen ist der Beginn der Urteilsberatung.<sup>150</sup> Bei der strafrechtlichen Beur-  
teilung erscheint es deshalb angebracht, nicht das Verhalten bis Aktenschluss  
und jenes nach Aktenschluss getrennt zu betrachten, sondern das gesamte  
Verhalten einer Partei ab Beginn des Entscheidungsverfahrens bis zur Urteilsbe-  
ratung zu berücksichtigen.<sup>151</sup> Eine Partei, die eine Erklärung über Tatsachen,

<sup>146</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, S. 302.

<sup>147</sup> DONATSCH/TAG, S. 303; vgl. GRUBMILLER, S. 86; TAG, S. 47 f.

<sup>148</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.108.

<sup>149</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.38 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 4. Der Aktenschluss tritt grundsätzlich nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung ein (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so tritt er zu Beginn der Hauptverhandlung ein (Art. 229 Abs. 2 ZPO), dazu im Einzelnen LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.109; umfassend die Studie von MORET; vgl. auch BGE 140 III 312, E. 6.

<sup>150</sup> PAHUD, DK ZPO, Art. 229 N 15 ff.; gl.M. nun – in der Neuauflage – wohl auch A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 9a f.

<sup>151</sup> Vgl. – zu den Aussagedelikten, bei welchen der Inhalt der Aussage im Zeitpunkt ihres Abschlusses zu bestimmen ist – DONATSCH/WOHLERS, S. 503, S. 513; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 56 N 34. Siehe auch hinten N 418, N 438.

welche aufgrund einer Änderung der tatsächlichen Umstände während des Prozesses unzutreffend wird, nicht korrigiert, solange sie dies zivilprozessual tun kann, gibt eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen ab.<sup>152</sup> Die Beurteilung des Verhaltens als Unterlassung erübrigt sich.

*bb) Neue Erkenntnisse*

- <sup>81</sup> Die zweite geschilderte Konstellation, dass sich die Partei erst nachträglich bewusst wird, eine unzutreffende Erklärung abgegeben zu haben, ist – nach dem hier vertretenen objektiven Verständnis des Erklärungswerts eines Verhaltens<sup>153</sup> – kein Problem des objektiven Tatbestands, sondern betrifft den subjektiven Tatbestand, weshalb sie dort erneut aufzunehmen sein wird.<sup>154</sup> Objektiv gesehen liegt eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen vor.

*cc) Fehlende Erklärung*

- <sup>82</sup> Bleibt noch der dritte Fall, in dem eine Partei zu einer Tatsache, über die sich das Gericht eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung macht, überhaupt keine Erklärung abgibt. Nach D. RÜETSCHI scheidet ein Prozessbetrug aus, «(...) da in diesem Fall das Gericht auf Grund der Sachverhaltsdarstellung des Gegners entscheidet»<sup>155</sup>.
- <sup>83</sup> Die Aussage erscheint zum einen unvollständig. Das Gericht darf sich zwar grundsätzlich nur auf Tatsachen stützen, die von den Parteien erklärt worden sind (Art. 55 Abs. 1 ZPO), weshalb eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung<sup>156</sup> des Gerichts über eine Tatsache bei fehlender Erklärung der einen Partei über diese eine Tatsache grundsätzlich auch nur von der anderen Partei verursacht sein kann. Allerdings könnte der Irrtum auch vom Gericht selbst verursacht sein, insbesondere im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 2 ZPO).
- <sup>84</sup> Vor allem aber scheint die Aussage zum anderen zu kurz zu greifen. Betrug kann unter den Voraussetzungen eines unechten Unterlassungsdelikts auch

---

<sup>152</sup> Vgl. so im Ergebnis auch D. RÜETSCHI, S. 231; vgl. auch PIECH, S. 60.

<sup>153</sup> Siehe vorn Fn. 75.

<sup>154</sup> Siehe hinten N 285.

<sup>155</sup> D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>156</sup> Siehe hinten N 141 ff.

durch Unterlassen begangen werden.<sup>157</sup> Dass der Erfolg von einem Dritten verursacht wird, schliesst eine Begehung durch Unterlassen nicht aus.<sup>158</sup> Entscheidend ist, ob die unterlassende Partei *so sehr* verpflichtet ist, die Gefährdung oder Verletzung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts – beim Prozessbetrug das Vermögen der anderen Partei<sup>159</sup> – zu verhindern, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint (vgl. Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 StGB).<sup>160</sup> Wenn beim Betrug die *Handlung* in der Abgabe einer unzutreffenden Erklärung liegt,<sup>161</sup> stellt sich für die Begehung durch Unterlassen mithin die Frage, ob die unterlassende Partei eine Pflicht zur Abgabe einer zutreffenden Erklärung, eine Aufklärungspflicht trifft,<sup>162</sup> die den Zweck hat, eine irrtumsbedingte Schädigung des Vermögens der anderen Partei durch das Gericht zu verhindern.

Nachdem die Parteien und das Gericht während des Prozesses in einem Prozessrechtsverhältnis stehen, das durch die Zivilprozessordnung bestimmt ist,<sup>163</sup> liegt es nahe, eine solche Pflicht zuerst bei den dort aufgestellten Verhaltensregeln zu suchen. Allerdings ist «(...) [n]icht jede gesetzliche Pflicht zum Handeln (...) eine Garantenpflicht»<sup>164</sup>. Zivilprozessuale Pflichten dür-

85

<sup>157</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.3.2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 232; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1174; NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 195; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 23; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 4.

<sup>158</sup> Vgl. SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 52; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 11 N 15.

<sup>159</sup> Vgl. BGE 122 IV 197, E. 2c m.H.a. BOOG, *Vermögensschaden*, S. 7 f.; vgl. auch BGE 129 IV 53, E. 3.2; BGE 133 IV 256, E. 4.3.3; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 14 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1225; NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 193; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, *Vor § 15 N 1*. Siehe auch hinten N 515.

<sup>160</sup> BGE 106 IV 276; BGE 113 IV 68, E. 5a; BGE 117 IV 130, E. 2a; CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 15; DE HALLER, S. 40; DONATSCH/TAG, S. 327; DUPUIS et al., PC CP, Art. 11 N 17; SEELMANN, S. 99 f.

<sup>161</sup> Siehe vorn N 50.

<sup>162</sup> CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 10; DONATSCH, Strafrecht III, S. 230 ff.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1174; NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 195; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 26; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 21 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 5; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 4; vgl. BGE 109 Ib 47, E. 5b/bb.

<sup>163</sup> Siehe vorn N 2.

<sup>164</sup> STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 14 N 12; vgl. BGE 113 IV 68, E. 5a; BGE 117 IV 467, E. 3; BGE 120 IV 98, E. 2c; BGE 123 IV 70, E. 2; BGE 140 IV 11, E. 2.3.2; DE HALLER, S. 41; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1324; HOMBERGER, S. 61.

fen – genauso wenig wie zivilrechtliche Pflichten<sup>165</sup> – nicht einfach unbesehen zu strafrechtlich relevanten Garantenpflichten erklärt werden. Es gilt im Einzelfall abzuklären, welches der Inhalt und die Schutzrichtung allfälliger Handlungspflichten ist,<sup>166</sup> konkret, ob die gesetzlichen Handlungspflichten den Verpflichteten für das bedrohte Rechtsgut oder die Gefahr *in gesteigerter Masse* verantwortlich machen, so dass diese auch als Garantenpflichten erscheinen,<sup>167</sup> mit Rücksicht darauf, «(...) welcher Art die Beziehung zwischen dem Verpflichteten und dem bedrohten Rechtsgut oder der Gefahrenquelle ist, die dem Gesetz ihrerseits zugrunde liegt»<sup>168</sup>. Ist das geschützte Rechtsgut beim Prozessbetrug das Vermögen der anderen Partei, heisst das, nur wenn aus der betreffenden Pflicht die Überbindung von Vermögensfürsorge für das Vermögen der anderen Partei abgeleitet werden kann, ergibt sich daraus eine Garantenpflicht.<sup>169</sup>

- <sup>86</sup> Die zentrale zivilprozessuale Handlungspflicht, die es als Garantenpflicht in Betracht zu ziehen gilt, statuiert Art. 52 ZPO:<sup>170</sup> «Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.» Pflichten, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, genügen aber grundsätzlich nicht, um eine Garantenpflicht zu begründen.<sup>171</sup> Sie bedürfen der Kon-

---

<sup>165</sup> Vgl. SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 36; vgl. auch HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1325; TRECHSEL, *Allgemeiner Teil I*, S. 254.

<sup>166</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, S. 312; GRUBMILLER, S. 150; vgl. auch PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 79 («*ratio d'un tel devoir [d'agir]*»); HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1321: «(...) on prend en considération le sens du devoir de protection (*ratio* du devoir d'agir).»

<sup>167</sup> STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 14 N 14; vgl. BGE 140 IV 11, E. 2.4.2; HOMBERGER, S. 61.

<sup>168</sup> STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 14 N 12 m.w.H.; vgl. BGE 120 IV 98, E. 2c; BGE 123 IV 70, E. 2; BGE 127 IV 27, E. 2b; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1324.

<sup>169</sup> Vgl. KRIEGER AEBLI, S. 171; vgl. auch SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 26.

<sup>170</sup> Vgl. auch Art. 2 ZGB; Art. 5 Abs. 3 BV.

<sup>171</sup> Das Bundesgericht schliesst in einem neueren Entscheid, BGE 140 IV 11, E. 2.4.5, sogar generell aus, dass Pflichten, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, genügen, um eine Garantenstellung zu begründen, und beruft sich dabei auf KÄSER, N 179, sowie BOOG, *Versicherungsbetrug*, N 30.19; vgl. BGE 140 IV 206, E. 6.3.1.4. In seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht indes noch keinen generellen Ausschluss formuliert, vgl. insb. BGE 109 Ib 47, E. 5b/bb (den sowohl KÄSER, N 179 Fn. 636, als auch BOOG, *Versicherungsbetrug*, N 30.20 Fn. 76, anführen), in dem mit Bezug auf den Grundsatz von Treu und Glauben ausgeführt wird, dass «(...) elle [la bonne foi] ne peut être retenue comme fondement du devoir de détromper le cocontractant que dans des circonstances spéciales, telles que rapports contractuels de longue durée exigeant une confiance accrue (...)»; vgl. auch Botschaft Allgemeine Be-

kretisierung, wobei Bedeutung und Gewicht der einzelnen Pflichten zu bestimmen sind; nur wenn diese Konkretisierung eine besondere Rechtsstellung der einen Partei zum Schutze des Vermögens der anderen Partei ergibt, kommt eine Garantenpflicht in Frage.<sup>172</sup>

Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben trifft die Parteien im Zivilprozess hinsichtlich ihrer Erklärungen – wie bereits ausgeführt<sup>173</sup> – nach herrschender Meinung keine Vollständigkeitspflicht und nur insoweit eine Wahrheitspflicht, als sie weder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen aufstellen noch wahre Tatsachen wissentlich bestreiten sollen. Eine Aufklärungspflicht, die eine weitergehende Pflicht darstellt, kann demnach nicht bestehen.<sup>174</sup> Es fehlt mithin an einer Handlungspflicht, an die eine Vermögensfürsorgepflicht angeknüpft werden könnte.

Selbst wenn eine zivilprozessuale Aufklärungspflicht bestünde, wäre zweifelhaft, ob daraus – wie überhaupt aus zivilprozessualen Verpflichtungen – eine Vermögensfürsorgepflicht abgeleitet werden könnte, führt man sich nur die gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Sozialleistungsbetrug vor Augen. Das Bundesgericht verneint eine Garantenpflicht des Leistungsbezügers zum Schutz des Vermögens des Versicherers konstant.<sup>175</sup> Die Begründung geht wesentlich auf das Argument HOMBERGERS zurück, wonach es an einer besonderen, engen Beziehung zwischen Behörde und Leistungsbezüger fehlt.<sup>176</sup> Zwar existiert eine gesetzlich oder vertraglich explizit verankerte Pflicht des Leistungsbezügers, dem Versicherer jede wesentliche Änderung in den für eine Leistung massgebenden Verhältnissen zu melden.<sup>177</sup>

stimmungen StGB, S. 2002; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 53; CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 21; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 10; DONATSCH, Strafrecht III, S. 232; DONATSCH/TAG, S. 312; DUPUIS et al., PC CP, Art. 11 N 7; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 78; HURTADO POZO, Partie générale, N 1319; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1175 f.; NOLL, Besonderer Teil I, S. 196; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 26; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 14 N 16; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 22 f.; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 4.

<sup>172</sup> Vgl. – zur Treupflicht des Arbeitnehmers – BGE 113 IV 68, E. 6a; vgl. auch CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 36.

<sup>173</sup> Siehe vorn N 67.

<sup>174</sup> Vgl. COCCHI, S. 101; GEHRI, BSK ZPO, Art. 52 N 6; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 30; vgl. auch – für Rechtsanwälte – SCHILLER, N 1510.

<sup>175</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.4.3.

<sup>176</sup> HOMBERGER, S. 61; vgl. BGer, Urteil v. 28.9.2000, 6S.288/2000, E. 4b/bb; vgl. auch BGE 131 IV 83, E. 2.1.3; BGE 140 IV 11, E. 2.4.3; KRIEGER AEBLI, S. 171.

<sup>177</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.4.4.

Und auch wenn sie als Mitwirkungspflicht zur Ermittlung des leistungsrelevanten Sachverhalts wichtig ist<sup>178</sup> und insoweit den Interessen der Versicherer dient, als sie diese vor ungerechtfertigten Zahlungen und damit vor Schaden bewahren soll,<sup>179</sup> so begründet sie doch «(...) keine besondere Rechtsstellung des Leistungsbezügers, aufgrund welcher er verpflichtet wäre, die Gefährdung oder Verletzung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts des Vermögens des öffentlichen oder privaten Versicherers zu verhindern. Für sein Vermögen hat der Versicherer grundsätzlich selber zu sorgen. Die Verantwortung hierfür geht alleine aufgrund der Meldepflicht nicht auf den Leistungsbezüger über. Dieser hat nur dafür zu «sorgen» bzw. ist nur dafür verantwortlich, dass er selbst den Versicherer nicht am Vermögen schädigt, weshalb er leistungsrelevante Verbesserungen in seinen Verhältnissen melden muss. Eine gesteigerte Rechtspflicht zum Schutz des Vermögens des Versicherers trifft ihn deswegen aber nicht.»<sup>180</sup>

- 89 Vor diesem Hintergrund vermag das Prozessrechtsverhältnis die Erwartungen an die besondere, enge Beziehung, die aus dem Verhältnis fließende Handlungspflichten zu Garantenpflichten machen könnte, ebenfalls nicht zu erfüllen. Typisch für den Zivilprozess ist, dass die Parteien im Streit liegen<sup>181</sup> und sich gleichsam an einer Front gegenüberstehen.<sup>182</sup> Der Zivilprozess dient der Austragung dieses Streits<sup>183</sup> und – so VON CLERIC – «(...) ist, wie man nicht zu Unrecht behauptet, ein «geistiger Zweikampf»<sup>184</sup>. In seinem Rahmen kann und darf die eine Partei nicht erwarten, die andere Partei wehre

---

<sup>178</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.4.5.

<sup>179</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.4.4.

<sup>180</sup> BGE 140 IV 11, E. 2.4.5.

<sup>181</sup> Vgl. GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 8; vgl. auch HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 12.

<sup>182</sup> Vgl. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 1 N 9.

<sup>183</sup> Vgl. OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 1 N 20.

<sup>184</sup> VON CLERIC, S. 143; vgl. FRITZSCHE, S. 29 («Kampf mit geistigen Waffen»); vgl. aber auch FRITZSCHE, S. 48: «Man nennt wohl den Zivilprozess einen Kampf ums Recht mit geistigen Waffen und denkt dabei vor allem an den Gegensatz der streitenden Parteien. Diese Vorstellung ist natürlich nicht unberechtigt. Allein sie bedarf, wie mir scheint, der Ergänzung. Der Zivilprozess ist nicht nur ein Gegensatz der streitenden Parteien, sondern darüber hinaus auch ein Zusammenwirken des Gerichtes, der Parteien, ihrer Anwälte und stets wechselnden Hilfspersonen, die in so vielen unserer Prozesse als Zeugen oder Sachverständige auftreten. Ihnen allen ist die Aufgabe gestellt, wenn auch mit ganz verschiedenen Mitteln, am Siege des Rechtes mitzuarbeiten»; GULDENER, Treu und Glauben I, S. 391 («Arbeitsgemeinschaft»).

irrtumsbedingte Schädigungen des Vermögens der einen Partei durch das Gericht ab.<sup>185</sup> Berechtigtes Vertrauen auf eine Gefahrenabwehr ist aber notwendige Bedingung für das Entstehen einer «Obhuts-Handlungspflicht».<sup>186</sup> Faktisches Vertrauen darauf reicht nicht hin, «(...) sonst würde das besonders leichtsinnige Opfer privilegiert»<sup>187</sup>. Eine Garantenpflicht aus zivilprozessualer Verpflichtung ist deshalb abzulehnen.

Nun stellt sich die Frage, ob daneben noch andere Verpflichtungsgründe zu prüfen sind, schliesslich nennen Art. 11 Abs. 2 lit. a–d StGB als Grund einer Garantenpflicht «namentlich» Gesetz, Vertrag, freiwillig eingegangene Gefahrenengemeinschaft und Schaffung einer Gefahr. Bei genauer Betrachtung vermag die nicht abschliessende Aufzählung den Grund einer Garantenpflicht jedoch nur unzureichend auszudrücken<sup>188</sup> – welche Erkenntnis ihren Niederschlag hier bereits fand, wenn ausgeführt wurde, dass nicht jede gesetzliche Pflicht zum Handeln eine Garantenpflicht ist.<sup>189</sup> Der Grund einer Garantenpflicht liegt in der Rechtsstellung des Verpflichteten, nicht in ihrer formellen Grundlage.<sup>190</sup> Und die relevanten Rechtsstellungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie besondere Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter gegen Gefahren (Obhutspflicht) oder Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen zum Schutz eines Rechtsguts oder mehrerer Rechtsgüter (Sicherungspflicht) mit sich bringen.<sup>191</sup> Dabei muss sich die *Obhutspflicht* darauf zurückführen lassen, dass der Verpflichtete einem anderen die Abwehrbereit-

<sup>185</sup> Vgl. SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 37, N 39; vgl. auch GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 8; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 166: «Daß der Gegner eine ihr günstige Tatsache vorbringe, die sie selbst nicht behauptet hat, kann eine Partei nicht erwarten.»

<sup>186</sup> SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 37, N 39; vgl. GRUBMILLER, S. 149 f.

<sup>187</sup> SEELMANN, S. 112.

<sup>188</sup> Vgl. GRUBMILLER, S. 138 ff.; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 34; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 11 N 7.

<sup>189</sup> Siehe vorn N 85.

<sup>190</sup> Vgl. CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 25; SCHUBARTH, Kommentar I, Vor Art. 111–136 StGB N 130; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 34 f.

<sup>191</sup> SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 35; vgl. A. KAUFMANN, S. 283; vgl. auch BGE 113 IV 68, E. 5b; BGE 134 IV 255, E. 4.2.1; CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 22; DONATSCH/TAG, S. 311; DUPUIS et al., PC CP, Art. 11 N 8; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 79 f.; HURTADO POZO, Partie générale, N 1321; RIKLIN, § 19 N 12; SCHUBARTH, Kommentar I, Vor Art. 111–136 StGB N 131; SEELMANN, S. 110; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 14 N 11; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 11 N 7; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 250.

schaft gegenüber Gefahren entzogen hat.<sup>192</sup> Das setzt ein Verhalten voraus, das einerseits «(...) geeignet ist, entsprechendes Vertrauen in die Übernahme der Abwehrbereitschaft entstehen zu lassen (...)», und andererseits tatsächlich solches Vertrauen schafft.<sup>193</sup> Die *Sicherungspflicht* muss sich darauf zurückführen lassen, dass der Verpflichtete selbst die Gefahr geschaffen bzw. erhöht hat, gegen die normalerweise nicht jedermann selbst Vorsorge trifft.<sup>194</sup>

- 91 Der Umstand, dass sich Parteien im Zivilprozess im Streit gegenüberstehen, scheint nicht geeignet, Vertrauen zu schaffen, vielmehr, möglicherweise bestehendem faktischem Vertrauen auf gegenseitige Abwehr von Gefahren für das Vermögen der anderen Partei, das bis dahin vielleicht berechtigt gewesen sein kann, jedenfalls im Rahmen des Zivilprozesses seine Berechtigung zu entziehen und damit allenfalls bestehenden Handlungspflichten die Qualität von Garantspflichten zu nehmen, unabhängig davon, worin die Handlungspflichten ihren Anknüpfungspunkt – Gesetz, Vertrag etc. – haben. Dies umso mehr, als es hier um vermögensrechtliche Selbstverpflichtungen geht, bei deren Interpretation als strafrechtlich relevante Garantspflichten besondere Zurückhaltung geboten ist.<sup>195</sup> Die Parteien kann im Rahmen des Zivilprozesses demnach generell keine Obhutsgarantpflicht für das Vermögen der anderen Partei treffen.
- 92 Beispielsweise trifft Ehegatten eine Treue- und Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB), aus der Garantspflichten abgeleitet werden können<sup>196</sup> – ob eine Garantpflicht zum Schutz für das Vermögen des anderen Ehegatten,<sup>197</sup> kann offengelassen werden, denn die Treue- und Beistandspflicht taugt jedenfalls nur solange als Grundlage für Garantpflichten, als die zugrundeliegende enge (Vertrauens-)Beziehung tatsächlich existiert, was nach verbreiteter Meinung dann nicht mehr der Fall ist, wenn die Ehegatten ver-

---

<sup>192</sup> SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 37; vgl. GRUBMILLER, S. 149 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 11 N 7.

<sup>193</sup> Zum Ganzen SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 37 m.w.H.; vgl. GRUBMILLER, S. 149 f.

<sup>194</sup> SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 37.

<sup>195</sup> SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 45; vgl. KRIEGER AEBLI, S. 171.

<sup>196</sup> Vgl. CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 27, N 49; DONATSCH/TAG, S. 313 f.; DUPUIS et al., PC CP, Art. 11 N 9; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 81; GRUBMILLER, S. 135, S. 153, S. 157 f.; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1325; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 43; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 14 N 13; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 251.

<sup>197</sup> Vgl. befürwortend SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 44 («Vermögensvorsorge»); allgemein zurückhaltend TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 251.



feindet sind oder getrennt leben.<sup>198</sup> Als verfeindet sind Ehegatten nach hier vertretener Auffassung auch dann anzusehen, sobald und soweit sie sich im Zivilprozess mit sich gegenseitig widersprechenden Rechtsbegehren gegenüberstehen. Spätestens unter diesen Umständen wäre ein faktisches Vertrauen auf gegenseitige Abwehr von Gefahren für das Vermögen der anderen Partei nicht mehr berechtigt.

Will man in der Parteinarbeit im Zivilprozess eine vorausgehende Schaffung bzw. Erhöhung der Gefahr irrtumsbedingter Schädigungen des Vermögens der anderen Partei durch das Gericht sehen,<sup>199</sup> käme es für eine Sicherungspflicht darauf an, ob gegen diese Gefahr normalerweise nicht jedermann selbst Vorsorge trifft.<sup>200</sup> Gerade im Zivilprozess wird normalerweise jede Partei mit Tatsachenbehauptungen, Anerkennung oder Bestreitung selbst Vorsorge gegen die Gefahr irrtumsbedingter Schädigungen ihres eigenen Vermögens durch das Gericht treffen. Eine Sicherungsgarantenpflicht der Parteien fällt deshalb ebenfalls generell ausser Betracht.

Die Begehung eines Prozessbetrugs durch Unterlassen kann damit überhaupt ausgeschlossen werden.<sup>201</sup>

## B. Bestärken in einem Irrtum

In der zweiten Tatbestandsvariante ist eine Begehung durch Unterlassen von vornherein ausgeschlossen.<sup>202</sup> Darüber hinaus ist die Tathandlung nicht wei-

<sup>198</sup> GRUBMILLER, S. 152 ff., S. 157 f.; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 11 N 34, N 43; vgl. CASSANI, CR CP I, Art. 11 N 27, N 49; DE HALLER, S. 41; DONATSCH/TAG, S. 314; DUPUIS et al., PC CP, Art. 11 N 9; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 81; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1325; SCHUBARTH, *Kommentar I*, Vor Art. 111–136 StGB N 139; SEELMANN, S. 109 f.; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 14 N 13; TRECHSEL, *Allgemeiner Teil I*, S. 251.

<sup>199</sup> Vgl. PIECH, S. 58 f., bejahend nur für den Fall des bewussten wahrheitswidrigen und damit pflichtwidrigen Vortrags.

<sup>200</sup> Siehe vorn N 90.

<sup>201</sup> Vgl. so im Ergebnis auch D. RÜETSCHI, S. 231.

<sup>202</sup> Vgl. *Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht*, S. 1016; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 51; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 13; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 233; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1209; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 28; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 5; vgl. NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 195.

ter bestimmt, als dass sie zur Folge haben muss, dass die von der Wirklichkeit bereits abweichende Vorstellung eines anderen arglistig gefestigt<sup>203</sup> wird.

- 96 Dieser Tatbestandsvariante wird allgemein keine grosse praktische Bedeutung beigemessen.<sup>204</sup> Auch für den Prozessbetrug dürfte sie irrelevant sein. Denkbar ist allenfalls die Konstellation, dass die eine Partei oder das Gericht selbst die von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung verursacht und die andere Partei die unzutreffenden Tatsachenbehauptungen anerkennt. Selbst wenn hier dann noch Arglist gegeben wäre, würde es aber jedenfalls am Verursachungszusammenhang zwischen Tathandlung und Irrtum fehlen.<sup>205</sup>

### C. Zwischenfazit

- 97 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Tathandlung «Irreführen durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen» erfüllt, wer eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen abgibt.<sup>206</sup> Die zivilprozessuale Tatsachenbehauptung sowie die Anerkennung und die Bestreitung von Tatsachenbehauptungen stellen Erklärungen über Tatsachen dar.<sup>207</sup>
- 98 Bei der Ermittlung des Erklärungswerts des Verhaltens einer Partei im Zivilprozess ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich nicht – wie beim Betrug sonst üblich – um Verhalten im Geschäftsverkehr, sondern im Zivilprozess handelt.<sup>208</sup> Das Gericht darf und muss grundsätzlich davon ausgehen, dass eine Partei nicht mehr, nicht weniger und auch nichts anderes erklärt als das, was sich unmittelbar auf den in ihren Eingaben verwendeten oder in Verhandlungen geäusserten Wortlaut stützen lässt.<sup>209</sup> Mangels Vollständig-

---

<sup>203</sup> Vgl. CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 13 («enfoncer»).

<sup>204</sup> Vgl. DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 233 f.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 28; TRECHSEL/CRAMERI, *PK StGB*, Art. 146 N 5. ARZT, *BSK StGB II*, Art. 146 N 51, sieht den Sinn der Variante in einer «Jedenfalls-Argumentation». Er geht jedoch auch davon aus, dass die Tathandlung für die irrtumsbedingte Verfügung nicht ursächlich sein muss, welche Ansicht abzulehnen ist angesichts des Gesetzeswortlauts von Art. 146 Abs. 1 StGB (Hervorhebung hinzugefügt): «Wer (...) in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt (...)»

<sup>205</sup> Siehe hinten N 155 f.

<sup>206</sup> Siehe vorn N 50.

<sup>207</sup> Siehe vorn N 54 ff. (insb. N 59), N 70 ff., N 73 f.

<sup>208</sup> Siehe vorn N 51 ff.

<sup>209</sup> Siehe vorn N 68, N 71, N 74.

keitspflicht kann und darf beim Gericht nicht der Eindruck entstehen, dass es sich dabei um «die ganze Wahrheit» handelt.<sup>210</sup>

Die Begehung eines Prozessbetrugs durch Unterlassen ist ausgeschlossen<sup>211</sup> 99 und die Tathandlung «Bestärken in einem Irrtum» bleibt für den Prozessbetrug irrelevant.<sup>212</sup>

## 2. Arglist

Nicht jede unzutreffende Erklärung über Tatsachen ist tatbestandsmässig. 100 Nach dem Wortlaut des Art. 146 Abs. 1 StGB muss das Verhalten des Täters *arglistig* sein. Vom Verhalten muss mit anderen Worten eine erhöhte, und insofern nicht tolerierte Gefahr für das Vermögen des anderen ausgehen.<sup>213</sup>

Die zur Arglist entwickelten Kriterien<sup>214</sup> des Bundesgerichts wurden von der 101 Lehre weitgehend übernommen:<sup>215</sup> Der Täter verhält sich grundsätzlich einmal arglistig, wenn er ein ganzes *Lügengebäude* errichtet. Das Lügengebäude ist nicht als blosser Aneinanderreihung mehrerer Lügen zu verstehen. Es setzt voraus, dass «(...) die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt»<sup>216</sup>.

Arglistiges Verhalten wird weiter grundsätzlich angenommen, wenn sich der 102 Täter *besonderer Machenschaften* bedient. «Als besondere Machenschaften (machinations) gelten Erfindungen und Vorkehrungen sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe

<sup>210</sup> Siehe vorn N 68.

<sup>211</sup> Siehe vorn N 78 ff. (insb. N 80, N 81, N 91, N 93 f.).

<sup>212</sup> Siehe vorn N 96.

<sup>213</sup> Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2; NYDEGGER, S. 293; SÄGESSER, N 29 («i.S. der Sozial-schädlichkeit»).

<sup>214</sup> NYDEGGER, S. 287, bezeichnet die vom Bundesgericht entwickelten Fallgruppen als «(...) erste *Indikatoren* für eine arglistige Täuschung (...)», weil deren Vorliegen nicht zwingend zur Bejahung der Arglist führen muss (a.a.O., S. 285 ff.).

<sup>215</sup> Vgl. SÄGESSER, N 26.

<sup>216</sup> BGE 119 IV 28, E. 3c; vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 18; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 224 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1182 f.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 19 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 8; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff., der das Tatbestandsmerkmal der Arglist auf die Frage der diese ausschliessenden, restriktiv anzunehmenden Opferselbstverantwortung reduziert.

(manœuvres frauduleuses) geeignet sind, das Opfer irrezuführen oder es in seinem Irrtum zu bestärken. (...). Sie kennzeichnen sich durch intensive, planmässige und systematische Vorgehen, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität.»<sup>217</sup>

- <sup>103</sup> Von diesen beiden Konstellationen sind dann noch einfache falsche Angaben<sup>218</sup> bzw. einfache Lügen<sup>219</sup> abzugrenzen. Hier müssen *besondere Umstände* hinzutreten, damit das Verhalten als arglistig bezeichnet werden kann.<sup>220</sup> Derartige Umstände sind: die Überprüfung der erklärten Tatsachen ist nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich,<sup>221</sup> die Überprüfung der erklärten Tatsachen ist unzumutbar,<sup>222</sup> der Täter hält den Getäuschten von der Überprüfung der erklärten Tatsachen ab<sup>223</sup> oder der Täter sieht nach den Umständen voraus, dass der Getäuschte die Überprüfung der erklärten Tatsachen aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde.<sup>224</sup>

---

<sup>217</sup> BGE 122 IV 197, E. 3d; vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 18; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 225 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1182; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 19 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 8; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff.

<sup>218</sup> Vgl. etwa BGE 135 IV 76, E. 5.2; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 18, N 20.

<sup>219</sup> Vgl. etwa DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 227; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 7, N 9; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6.

<sup>220</sup> NYDEGGER, S. 285.

<sup>221</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2 m.w.H.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 19; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 227; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 18, N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 7, N 9; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff.; wohl auch HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1184, der in diesen Konstellationen eine «Unzumutbarkeit der Überprüfung» sieht.

<sup>222</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2 m.w.H.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 20; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 227 f.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 18, N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 7, N 10; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff.; wohl auch HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1184.

<sup>223</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2 m.w.H.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 22; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 227; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1184; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 18, N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 7, N 11; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff.

<sup>224</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2 m.w.H.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 21; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 228 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1184, N 1186 f.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 18, N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB

Die Anwendung der Arglistkriterien zielt letztlich darauf ab, denjenigen strafrechtlich nicht zu schützen, der «(...) sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können (...), bzw. wer den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können (...)»<sup>225</sup>. NYDEGGER weist darauf hin, dass der Rückgriff auf das Kriterium der Überprüfbarkeit nur dann Sinn macht, wenn eine Pflicht zur Überprüfung besteht.<sup>226</sup> «Nur bei demjenigen, der überhaupt dazu verpflichtet ist, die bzw. gewisse Angaben seines Gegenübers zu überprüfen, können die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Überprüfbarkeitsregeln angewendet werden.»<sup>227</sup> Entscheidend ist somit, ob und gegebenenfalls woraus sich diese Pflicht zur Überprüfung herleiten lässt.<sup>228</sup> Den Ausgangspunkt für die Bestimmung entsprechender Sorgfaltpflichten *im Geschäftsverkehr* sieht NYDEGGER in den zivilrechtlichen Regeln.<sup>229</sup>

Im Zivilprozess gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Arglist keine grundsätzlichen Besonderheiten.<sup>230</sup> Im Rahmen der zur Arglist entwickelten Kriterien sei aber der konkreten Prozesssituation und Verfahrensart Rechnung zu tragen.<sup>231</sup>

N 6; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 7, N 12 f.; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 58 ff.

<sup>225</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2, womit der Gesichtspunkt der sog. *Opfermitverantwortung* berücksichtigt werde. Das Konzept der Opfermitverantwortung fusst nach SÄGESSER, N 32, auf «(...) der vom Gesetzgeber vorgenommenen Risikoverteilung innerhalb des Betrugstatbestands, welche darauf abzielt, die Verantwortungsbereiche von Täter und Opfer gegeneinander abzugrenzen» (vgl. a.a.O., N 366). Ob der Täter die Verantwortung für den eingetretenen Schaden zu tragen hat, müsse sich aufgrund des Charakters des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt auch am Verhalten des Opfers beurteilen (a.a.O., N 34, N 367 ff.). Eine massgebliche Rolle sollen dabei der Vertrauensgrundsatz, das Prinzip der Selbstverantwortung und das Kriterium der Leichtfertigkeit i.S. gesteigerter Zumutbarkeitsüberlegungen spielen (a.a.O., N 35 ff., N 371 ff.). Abgesehen von einem konzeptionellen Unterschied gewinnt SÄGESSER mit ihrem Ansatz zur Beurteilung der Opfermitverantwortung im Ergebnis jedoch wenig Neues (vgl. a.a.O., N 404 ff.).

<sup>226</sup> NYDEGGER, S. 304 f.

<sup>227</sup> NYDEGGER, S. 305.

<sup>228</sup> NYDEGGER, S. 305.

<sup>229</sup> NYDEGGER, S. 305.

<sup>230</sup> BGE 122 IV 197, E. 2d.

<sup>231</sup> BGE 122 IV 197, E. 3d m.H.a. SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 63.

- <sup>106</sup> In der Lehre wird die Arglist beim Prozessbetrug kaum thematisiert. ARDINAY führt aus, es sei erforderlich, dass der Täter falsche Beweismittel einsetze.<sup>232</sup> Mit dem von ihm zitierten Urteil des Obergerichts Zürich vermag er seine Ansicht allerdings kaum zu stützen: nach jenem Entscheid «(...) gelten unwahre Parteibehauptungen oder Bestreitungen an sich noch nicht als betrügerische Handlungen; Prozeßbetrug wird aber dann angenommen, wenn sog. positive Handlungen zur Täuschung des Richters gegeben sind (...)»<sup>233</sup>. In casu sah das Gericht solche positive Handlungen darin, dass sich die Beklagte nicht damit begnügt hatte, zu bestreiten, sondern «dreiste Märchen» erfunden hatte, um das Gericht von der Richtigkeit ihrer Darstellung zu überzeugen.<sup>234</sup> Dass sie «falsche Beweismittel» eingesetzt hätte, geht aus dem abgedruckten Auszug des Entscheids dagegen nicht hervor. SCHUBARTH/ALBRECHT beschränken sich auf die Aussage, man werde «(...) erhöhte Anforderungen an die Arglist stellen müssen (...)»<sup>235</sup>. D. RÜETSCHI kommt zum Ergebnis, dass eine einfache Prozesslüge für die Strafbarkeit nicht ausreiche; es gälten die allgemeinen Voraussetzungen des Betrugs.<sup>236</sup>
- <sup>107</sup> Im Folgenden wird es darum gehen, die einzelnen zur Arglist entwickelten Kriterien im Hinblick auf das untersuchte Verhalten zu betrachten. Dabei muss immer deren Zweck im Auge behalten werden, nämlich den strafrechtlichen Schutz einzuschränken. Schon diesbezüglich ist zu bemerken, dass sich das untersuchte Verhalten in einem Umfeld abspielt, das sich von üblichen Betrugskonstellationen grundlegend unterscheidet. Nicht eine Person im Geschäftsverkehr soll irregeführt werden, sondern das Gericht, dessen Handeln durch das Zivilprozessrecht bestimmt ist und als Folge dessen häufig von den Prozesshandlungen der Parteien abhängt.<sup>237</sup> Das impliziert, dass die Opfermitverantwortung<sup>238</sup> bzw. Schutzbedürftigkeit des Opfers<sup>239</sup> nicht allein an den Sorgfaltspflichten des Gerichts gemessen werden darf.<sup>240</sup> Für

---

<sup>232</sup> ARDINAY, S. 325.

<sup>233</sup> OGer ZH, ZR 1949, S. 335.

<sup>234</sup> OGer ZH, ZR 1949, S. 335.

<sup>235</sup> SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 63 m.w.H.

<sup>236</sup> D. RÜETSCHI, S. 235.

<sup>237</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 52; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 1 N 3.

<sup>238</sup> Siehe vorn Fn. 225.

<sup>239</sup> Vgl. NYDEGGER, S. 302 f.

<sup>240</sup> Vgl. a.M. wohl D. RÜETSCHI, S. 233.

die Beurteilung sind vielmehr auch die Sorgfaltspflichten bzw. Obliegenheiten der Parteien miteinzubeziehen.

## A. Unzutreffende Tatsachenbehauptungen

Als potentiell arglistige Tathandlung sollen im Folgenden zunächst unzutreffenden Tatsachenbehauptungen betrachtet werden. Dabei gilt es unzutreffende Tatsachenbehauptungen als ganze Lügengebäude, in Verbindung mit besonderen Machenschaften und gegebenenfalls wegen besonderer Umstände als arglistig einzustufende einfache Lügen zu prüfen. <sup>108</sup>

### a) Lügengebäude

Das Lügengebäude zeichnet sich im Allgemeinen dadurch aus, dass es als Ganzes plausibel und damit überzeugend daherkommt.<sup>241</sup> Seine Überzeugungskraft, von der eine erhöhte Gefahr für das Vermögen des anderen ausgehen könnte, schöpft es aus der Hinterhältigkeit bzw. Raffinesse, in der mehrere Lügen aufeinander abgestimmt sind. <sup>109</sup>

Im Zivilprozess kann die Gegenpartei die Überzeugungskraft von unzutreffenden Tatsachenbehauptungen in der Form eines ganzen Lügengebäudes jedoch ohne weiteres zerstören, indem sie die in Frage stehenden Tatsachenbehauptungen einfach bestreitet.<sup>242</sup> Mithin kann von unzutreffenden Tatsachenbehauptungen in der Form eines ganzen Lügengebäudes auch keine erhöhte Gefahr ausgehen, denn mit der einfachen Bestreitung im Einzelnen wird das ganze Lügengebäude Gegenstand des Beweises; es zählt allein noch die Überzeugungskraft der Beweise. Weitere einfache Falschangaben, wie sie das Lügengebäude ausmachen, werden den Beweis nicht gelingen lassen. Damit fehlt es am Schutzbedürfnis derjenigen Partei, deren Vermögen gegebenenfalls angegriffen wird.<sup>243</sup> Im Rahmen der Opfermitverantwortung könnte und müsste ihr – unabhängig vom konkreten Fall – *Leichtfertigkeit* vorgeworfen werden, würde sie die ihr zur Verfügung stehende Selbstschutzmöglichkeit des einfachen Bestreitens nicht in Anspruch nehmen. Auch das Erfinden «dreister Märchen», das im Fallbeispiel «Dreiste <sup>110</sup>

<sup>241</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 224.

<sup>242</sup> Vgl. VON CLERIC, S. 144 (Hervorhebungen unterdrückt): «(...) durch bloße Bestreitung die gegnerische Behauptung aus dem Wege zu räumen (...)»; vgl. auch GRÜNHUT, S. 78.

<sup>243</sup> Vgl. D. RÜETSCHLI, S. 235.

Märchen»<sup>244</sup> als betrügerisch angesehen wurde,<sup>245</sup> vermag nach alldem das Arglistmerkmal nicht zu erfüllen. Im Fallbeispiel «Kontaktmagazin Cocktail»<sup>246</sup> sah sich die Staatsanwaltschaft Muri-Bremgarten deshalb zutreffend nicht veranlasst, ein Strafverfahren an die Hand zu nehmen, weil der Beschuldigte mit der Klageantwort «(...) geschickt ein *Lügengebäude* aufgebaut [habe], welche das Gericht davon hätte überzeugen sollen, dass der Kaufvertrag vollzogen worden sei»<sup>247</sup>.

### **b) *Besondere Machenschaften***

- 111 Regelmässig bejaht wird Arglist beim Betrug dann, wenn der Täter die unzutreffende Erklärung über Tatsachen mit gefälschten Urkunden i.S.v. Art. 251 StGB stützt.<sup>248</sup> Dieser Umstand darf jedoch nicht zum Schluss verleiten, dabei handle es sich um die einzige Form besonderer Machenschaften.<sup>249</sup> Bei der Beurteilung der Arglist miteinzubeziehen sind alle möglichen Arten von Inszenierungen, die als intensive, planmässige und systematische Vorgehren erscheinen. Entscheidend ist, dass sich «(...) [a]us Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel (...) eine erhöhte Gefährlichkeit (...)»<sup>250</sup> ergibt.

#### *aa) Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel*

- 112 Als besondere Machenschaft gilt beim Prozessbetrug das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel.<sup>251</sup>
- 113 Das Gericht bildet sich seine Überzeugung<sup>252</sup> nach freier Würdigung der Beweismittel (Art. 157 ZPO). Auch wenn die Parteien zum Beweisergebnis Stellung nehmen können (Art. 232 Abs. 1 ZPO), «(...) bleibt es dem Gericht überlassen, den Beweiswert eines Beweismittels nach freier Überzeugung zu

---

<sup>244</sup> Siehe vorn N 10.

<sup>245</sup> Vgl. OGer ZH, ZR 1949, S. 335.

<sup>246</sup> Siehe vorn N 12.

<sup>247</sup> BGer, Urteil v. 5.7.2012, 1B\_105/2012, Sachv. A (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>248</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 226.

<sup>249</sup> Vgl. BGE 120 IV 14, E. 2b; BGE 120 IV 122, E. 6a/bb; JOSITSCH/LÜTHI, S. 767; NYDEGGER, S. 287 Fn. 23.

<sup>250</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.2.

<sup>251</sup> Vgl. ARDINAY, S. 325; D. RÜETSCHI, S. 233 f.; vgl. auch PIECH, S. 34 ff.

<sup>252</sup> Zur Überzeugung als Irrtum siehe hinten N 148.



bestimmen»<sup>253</sup>. Die Parteien können den Beweiswert eines Beweismittels und damit dessen Potential, auf die Vorstellung des Gerichts einzuwirken,<sup>254</sup> nicht durch einfaches Bestreiten ausschliessen. Mithin kann von Beweismitteln im Zivilprozess eine erhöhte Gefahr ausgehen.

Daran vermag auch nichts zu ändern, dass eine Partei die Echtheit von Urkunden bestreiten kann und in der Folge die Partei, die sich auf diese Urkunden beruft, deren Echtheit zu beweisen hat (Art. 178 Teilsatz 1 ZPO). Entscheidend ist, dass eine einfache Bestreitung hier nicht genügt. Vielmehr muss die Bestreitung ausreichend begründet werden (Art. 178 Teilsatz 2 ZPO). Damit besteht die Möglichkeit, dass der die Echtheit bestreitenden Partei die ausreichende Begründung misslingt, ohne dass ihr dabei leichtfertiges Verhalten vorgeworfen werden könnte.<sup>255</sup> Mit diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit die Möglichkeit der Bestreitung i.S.v. Art. 178 ZPO auch bezüglich anderer Beweismittel besteht.

Die Parteien haben dem Gericht die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).<sup>114</sup> Nur wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist oder an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen, muss bzw. kann das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben (Art. 153 ZPO). In der Regel kann von Beweismitteln deshalb erst dann eine erhöhte Gefahr ausgehen, wenn eine Partei diese zu den behaupteten Tatsachen bezeichnet (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO), sie mit anderen Worten *verwendet*. Die erhöhte Gefährlichkeit kann sich jedoch auch und allein daraus ergeben, dass eine Partei im Hinblick auf den Prozess Beweismittel *herstellt*, nämlich in jenen Fällen, in denen das Gericht von Amtes wegen Beweis erhebt oder die andere Partei die betreffenden Beweismittel in den Prozess einbringt.<sup>115</sup>

<sup>253</sup> GULDENER, Beweiswürdigung, S. 8; vgl. HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 157 N 8.

<sup>254</sup> Vgl. PIECH, S. 34.

<sup>255</sup> Vgl. OGer ZH, Urteil v. 15.6.2012, SB110656, E. IV.2 m.w.H. (nicht publiziert in FP 2013, S. 2 ff. m. Anm. BOUVARD): «Auch wenn absehbar war, dass der Privatk Kläger die Echtheit dieses Dokuments bestreiten würde, und die Beschuldigte wegen der zivilprozessualen Verteilung der Beweislast nur geringe Prozesschancen hatte, kann dieser Versuch nicht als untauglich bezeichnet werden (...).» Im Anschluss daran argumentiert das Obergericht Zürich jedoch mit der besseren Ausgangslage, die sich die Beschuldigte im Hinblick auf Vergleichsgespräche verschafft habe. Dieses Argument zielt ins Leere, geht es beim Prozessbetrug um die Täuschung des Gerichts und nicht um die Täuschung der Gegenpartei.

- <sup>116</sup> Es stellt sich weiter nun noch die Frage, wann ein Beweismittel in diesem Kontext als *falsch* zu bezeichnen ist.
- <sup>117</sup> Ein Ansatz bestünde darin, auf den strafrechtlichen Schutz des Beweismittels abzustellen. Als Beweismittel geschützt sind die Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB, «Falsche Beweisaussage der Partei») sowie das Zeugnis und das Gutachten (beide Art. 307 StGB, «Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung»). Als Beweismittel nicht geschützt sind demgegenüber insbesondere die Urkunde (Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO) und der Augenschein (Art. 168 Abs. 1 lit. c ZPO). Soweit es die Urkunde betrifft, gilt es diese Behauptung noch etwas zu begründen:
- <sup>118</sup> Nach Art. 177 ZPO gelten als Urkunden Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die [an sich]<sup>256</sup> geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Der zivilprozessuale Urkundenbegriff ist mithin – bewusst<sup>257</sup> – denkbar weit gefasst.<sup>258</sup>
- <sup>119</sup> Nach Art. 110 Abs. 4 StGB gelten demgegenüber als Urkunden lediglich Schriftstücke<sup>259</sup>, die bestimmt und geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt [und geeignet]<sup>260</sup> sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen; diesen gleichgestellt ist deren Aufzeichnung auf Bild- oder Datenträgern, sofern sie demselben Zweck dient. Der strafrechtliche Urkundenbegriff setzt insbesondere nicht nur eine menschliche Gedankenäußerung, die als Erklärung an Dritte gerichtet ist,<sup>261</sup> sondern auch die Erkennbarkeit des Ausstel-

---

<sup>256</sup> Die konkrete Beweiseignung stellt sich erst im Rahmen der Beweiswürdigung heraus, vgl. DOLGE, BSK ZPO, Art. 177 N 3 ff.; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 177 N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 5; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 178.

<sup>257</sup> Vgl. Botschaft ZPO, S. 7322; vgl. auch DOLGE, BSK ZPO, Art. 177 N 2; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 97; WEIBEL, ZK ZPO, Art. 177 N 11.

<sup>258</sup> Vgl. DOLGE, BSK ZPO, Art. 177 N 1 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.96; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 177 N 1, N 8 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 178; WEIBEL, ZK ZPO, Art. 177 N 8 ff.; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 181 N 5.

<sup>259</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 7; DONATSCH/WOHLERS, S. 143; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 35 N 6.

<sup>260</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 68; DONATSCH/WOHLERS, S. 146; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 35 N 26.

<sup>261</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 141 f.

lers<sup>262</sup> und die Beweisbestimmung<sup>263</sup> voraus. Mithin geht der zivilprozessuale Urkundenbegriff über jenen des Strafrechts hinaus.<sup>264</sup>

Folglich mag für die zivilprozessuale Urkunde aufgrund der Bestimmungen des Urkundenstrafrechts (Art. 251 ff. StGB) zwar ein gewisser strafrechtlicher Schutz bestehen. Die betreffenden Bestimmungen schützen aber das zivilprozessuale Beweismittel als solches nicht umfassend.<sup>265</sup>

Diesem Ansatz folgend wäre Arglist insbesondere immer dann ausgeschlossen, wenn Urkunden, die nicht unter den strafrechtlichen Urkundenbegriff fallen, oder Augenscheinobjekte verwendet oder hergestellt würden. Dieses Ergebnis überzeugt indes nicht. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) soll es keine Hierarchie der Beweismittel geben.<sup>266</sup> Der Beweiswert eines Beweismittels hängt folglich auch nicht davon ab, ob es strafrechtlich geschützt ist. Mithin kann von Urkunden, die nicht unter den strafrechtlichen Urkundenbegriff fallen, oder von Augenscheinobjekten genauso eine erhöhte Gefahr für das Vermögen der anderen Partei ausgehen, wie von strafrechtlich geschützten Beweismitteln.

Der Ansatz und sein Ergebnis wären überdies kaum mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu vereinbaren, das auch schon erwogen hat, dass, «(...) [s]oweit das Erstellen inhaltlich unrichtiger Schriftstücke vom Tatbestand der Falschbeurkundung nicht erfasst ist, (...) daraus nicht auf allgemeine

<sup>262</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 38 ff., N 69, N 100; DONATSCH/WOHLERS, S. 145 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 18 ff., N 28, N 40; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 13; vgl. SCHLAURI, N 634; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 6.

<sup>263</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 32 ff., N 68, N 98 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 146 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 15 ff., N 23, N 26, N 39; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 6; vgl. Botschaft ZPO, S. 7322; DOLGE, BSK ZPO, Art. 177 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.96; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 177 N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 6; WEIBEL, ZK ZPO, Art. 177 N 14. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass Dokumente, die bei ihrer Erstellung nicht zum Beweis bestimmt waren, die dem strafrechtlichen Urkundenbegriff eigene Beweisbestimmung erlangen, sobald sich jemand – die Parteien, das Gericht – in äusserlich erkennbarer Weise auf sie beruft (sog. *Zufallsurkunde* oder *nachträgliche Urkunde*). Im vorliegenden Kontext geht es um falsche Beweismittel, die in den Prozess eingebracht werden, auf die sich also jemand berufen muss. Folglich liegt die Beweisbestimmung immer vor, und wirkt sich die entsprechende Differenz in den Urkundenbegriffen nicht aus.

<sup>264</sup> Vgl. DOLGE, BSK ZPO, Art. 177 N 1; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 6.

<sup>265</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 19.

<sup>266</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 88, mit dem Hinweis, dass dieser Grundsatz jedoch vereinzelt durchbrochen wird (vgl. a.a.O., N 94 ff.).

Straflosigkeit geschlossen werden [darf]»<sup>267</sup>, insbesondere nicht in Bezug auf den Tatbestand des Betrugs.

- 123 Ein anderer, hier vertretener Ansatz besteht darin, in diesem Kontext einen autonomen Begriff von Falschheit zu formulieren.<sup>268</sup> Anhaltspunkte dazu geben Lehre und Rechtsprechung zu – dem in seiner Art einzigartigen<sup>269</sup> – § 293 StGB/A, nach welchem die Fälschung eines Beweismittels bestraft wird. Erfasst werden alle sachlichen Beweismittel.<sup>270</sup> Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung liegt danach ein falsches Beweismittel vor, wenn es irgendwie zur Irreführung geeignet ist.<sup>271</sup>
- 124 Vorliegend erscheint es – nachdem für den Prozessbetrug grundsätzlich die Abgabe einer unzutreffenden Erklärung über Tatsachen vorauszusetzen ist – naheliegend, *falsche Beweismittel* in diesem Kontext so zu definieren, dass diese an sich geeignet sind, mindestens dazu beizutragen, die abgegebene

---

<sup>267</sup> BGE 120 IV 14, E. 2b; vgl. NYDEGGER, S. 287 Fn. 23.

<sup>268</sup> Vgl. dazu auch OGH, JBl 1995, S. 386 ff., S. 389, wonach die Sinnhaftigkeit des Worts «falsch» in seiner urkundendeliktsspezifischen Bedeutung nicht auf Beweismittel im Allgemeinen übertragen werden kann.

<sup>269</sup> KIENAPFEL/SCHMOLLER, Vor §§ 288 ff. StGB/A N 4 f., §§ 293–296 StGB/A; vgl. OGH, JBl 1992, S. 535 ff. m. Anm. KIENAPFEL, S. 537; SCHMOLLER, S. 223 f.; vgl. aber auch die deutsche Dissertation von HASSELBERG zur Urkundenfälschung und Fälschung von Augenscheinsobjekten; Art. 218 VE-StGB («Fälschung und Unterdrückung von Beweismitteln»):

*«1. Wer in einem gerichtlichen Verfahren, um auf das Urteil des Richters einzuwirken oder um es zu hindern, eine Schrift oder einen Gegenstand, die als Beweismittel dienen sollen, fälscht oder verfälscht, wissentlich ein falsches, verfälschtes oder unechtes Beweismittel benützt, eine Schrift oder einen Gegenstand, die als Beweismittel dienen sollen, unterdrückt oder verbirgt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat oder mit Zuchthaus bis zu drei Jahren bestraft.*

*2. Will der Täter sich oder einem andern zum Rechte verhelfen, so ist die Strafe Gefängnis. (...).»*

Nach den Erläuterungen VE-StGB, S. 399, sollte mit dem – im Vergleich zu den gewöhnlichen Urkundendelikten – mit Bezug auf den Gegenstand erweiterten Tatbestand dem Gesichtspunkt der Sicherung des gerichtlichen Beweises Rechnung getragen werden. Zu dieser Bestimmung vgl. auch JACOB, S. 24 f., S. 115 ff.

<sup>270</sup> OGH, JBl 1995, S. 386 ff., S. 388; KIENAPFEL/SCHMOLLER, Vor §§ 288 ff. StGB/A N 5, §§ 293–296 StGB/A; PLÖCHL/SEIDL, WK StGB/A, § 293 N 9 (48. Lfg. 9/2010).

<sup>271</sup> KIENAPFEL/SCHMOLLER, Vor §§ 288 ff. StGB/A N 5.

unzutreffende Erklärung über Tatsachen zu beweisen, d.h. eine entsprechende von der Wirklichkeit abweichende Überzeugung<sup>272</sup> beim Gericht hervorzurufen,<sup>273</sup> ganz unabhängig davon, ob mit der Herstellung oder Verwendung des Beweismittels selbst ein Tatbestand erfüllt ist.

Als Beispiel für das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel können zahlreiche Fälle angeführt werden: Im Fallbeispiel «P. und K.»<sup>274</sup> wurden zum Beweis von behaupteten Kosten für Umbauarbeiten und Gebühren falsche Kreditorenlisten, eine falsche Bauabrechnung und falsche Belege eingereicht, die an sich geeignet waren, zum Beweis der abgegebenen unzutreffenden Erklärung über Tatsachen beizutragen. Im Fallbeispiel «Investitionen»<sup>275</sup> war es eine Vereinbarung mit gefälschter Unterschrift, die an sich geeignet war, zum Beweis der abgegebenen unzutreffenden Erklärung beizutragen. Im Fallbeispiel «Büromaschine»<sup>276</sup> unterschrieb der Angeklagte bei der Unterschriftenprobe vor Gericht kalligraphisch sorgfältiger, mithin anders als üblich, was an sich geeignet war, zum Beweis der abgegebenen unzutreffenden Erklärung beizutragen. Im Fallbeispiel «ABS/ESP»<sup>277</sup> baute der Angeklagte in das von einem Sachverständigen zu begutachtende Fahrzeug einen weiteren – in casu (noch) nicht explizit behaupteten – «Mangel» ein, was an sich geeignet war, zum Beweis der – in casu noch abzugebenden<sup>278</sup> –

<sup>272</sup> Zur Überzeugung als Irrtum siehe hinten N 148.

<sup>273</sup> Vgl. auch – im Kontext des Rechtspflegedelikts der falschen Beweisaussage der Partei – THORMANN/VON OVERBECK, Art. 306 N 1 (Hervorhebung hinzugefügt): «Dieses Interesse [des Staates, in der Rechtspflege bei Anlaß der Beweisführung die Wahrheit zu erfahren] wird gefährdet durch die Verwendung *falscher Beweismittel, d.h. solcher Beweismittel, die dem Richter etwas Falsches als wahr erscheinen lassen*»; WINTER, S. 16.

<sup>274</sup> Siehe vorn N 14.

<sup>275</sup> Siehe vorn N 16.

<sup>276</sup> Siehe vorn N 18.

<sup>277</sup> Siehe vorn N 20.

<sup>278</sup> Die Frage, ob nicht behaupteten Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, sog. *überschiessenden Beweisergebnisse*, nach Schweizerischer Zivilprozessordnung verwertet werden dürften, hat das Bundesgericht bisher offengelassen (vgl. BGer, Urteil v. 27.11.2014, 4A\_195/2014, 4A\_197/2014, E. 7.2 f., nicht publiziert in BGE 140 III 602). Die Lehre tendiert dazu, überschüssende Beweisergebnisse jedenfalls bei Gutachten grundsätzlich zuzulassen (vgl. DOLGE, BSK ZPO, Art. 183 N 16; HURNI, BK ZPO I, Art. 55 N 36; JEANNIN/BOHNET, N 12; LEU, DK ZPO, Art. 157 N 18; LEUENBERGER, ZK ZPO, Art. 221 N 42; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.30, N 9.149; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 186 N 16, Art. 187 N 15; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 183 N 44 ff.; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 157 N 21; unklar WEIBEL, ZK ZPO, Art. 186 N 6; vgl.

unzutreffenden Erklärung beizutragen. Im Fallbeispiel «Schlechter Chaib»<sup>279</sup> wurde der Kläger im Beweisverfahren persönlich befragt und sagte falsch aus,<sup>280</sup> was an sich geeignet war, zum Beweis der – von ihm zuvor als Bestreitung – abgegebenen unzutreffenden Erklärung beizutragen. Im Fallbeispiel «Margrith-Ernst-Gustav»<sup>281</sup> schliesslich sagte die Kindsmutter in einer formellen Parteibefragung falsch aus,<sup>282</sup> was an sich geeignet war, zum Beweis der – von ihrem Vertreter zuvor als Behauptung – abgegebenen unzutreffenden Erklärung beizutragen.

---

auch BGer, Urteil v. 27.11.2014, 4A\_195/2014, 4A\_197/2014, E. 7.2, nicht publiziert in BGE 140 III 602).

<sup>279</sup> Siehe vorn N 22.

<sup>280</sup> Vgl. aaZPO/ZH, Titel vor §§ 157 ff.: «D. Beweisverfahren. 1. Allgemeine Vorschriften»; Titel vor §§ 172 ff.: «2. Persönliche Befragung»; § 172: «Zur Feststellung einzelner erheblicher tatsächlicher Verhältnisse kann jede Partei die persönliche Befragung der Gegenpartei verlangen. Der Richter ist befugt, von Amtes wegen die persönliche Befragung der Parteien anzuordnen»; § 181: «Verweigert eine Partei bei der persönlichen Befragung die Antwort, so hat der Richter die Tatsachen, auf welche die Einvernahme sich bezieht, als bewiesen zu betrachten»; § 182: «Eine Partei, welche in der persönlichen Befragung Tatsachen trölerhaft ableugnet, ist mit Ordnungsbusse zu belegen»; § 183: «Die Parteien sind vor der Befragung auf die Bestimmungen der §§ 181 und 182 aufmerksam zu machen.»

An dieser Stelle sei freilich darauf hingewiesen, dass sich diese persönliche Befragung von der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO und der Beweisaussage nach Art. 192 ZPO (siehe dazu hinten N 412 ff.) unterscheidet, vgl. Minderheit KassGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 56: «Die auf persönliche Befragung (Z.-P.-O. §§ 172–183) erfolgte Parteiaussage hat denn auch nur Beweiskraft gegen die Partei, und zwar nicht wegen der erhöhten Wahrheitspflicht, welche der Partei vorgehalten wird, sondern nur wie jedes andere Geständnis; nie und nimmer bildet sie Beweis zugunsten der aussagenden Partei.»

<sup>281</sup> Siehe vorn N 24.

<sup>282</sup> Vgl. Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau vom 12. März 1900 (zitiert nach KELLER/PFISTERER), Titel vor §§ 143 ff.: «Fünfter Abschnitt. Beweisverfahren. I. Titel. Allgemeine Bestimmungen»; Titel vor § 223 ff.: «VII. Titel. Gerichtliche Befragung der Parteien»; § 223: «Wenn das Gericht nach der Prüfung der Akten, nach den gepflogenen mündlichen Verhandlungen und nach der Durchführung des Beweisverfahrens noch Zweifel über erhebliche tatsächliche Punkte des Streitverhältnisses hegt, so steht ihm die Befugnis zu, hierüber bestimmte, artikelweise gefaßte Fragen, die durch Gerichtsbeschluß festzusetzen und ins Protokoll auszunehmen sind, durch den Präsidenten an die Parteien zu richten»; § 228 Abs. 1: «Der Gefragte ist verpflichtet, wahrheitsgetreue Antworten zu Protokoll zu geben»; § 228 Abs. 2: «Wer wissentlich unwahre Antworten gibt, wird zuchtpolizeilich bestraft»; § 228 Abs. 3: «Wird die Antwort grundlos verweigert, so kann der Richter das Stillschweigen in dem für die Gegenpartei günstigen Sinne auslegen.»

Demgegenüber handelt es sich beim (ungedeckten) Check, den der Angeklagte im Fallbeispiel «Ungedeckter Check»<sup>283</sup> dem Kantonsgerichtspräsidenten präsentierte, um einen Konkurs abzuwenden, nicht um ein falsches Beweismittel im vorgenannten Sinn, weil ein Check an sich nicht geeignet ist, vorhandene Aktiven zu beweisen.<sup>284</sup> 126

*bb) Andere Inszenierungen*

Fraglich ist, ob neben dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel weitere besondere Machenschaften denkbar sind. In Betracht zu ziehen sind alle möglichen Arten von Inszenierungen, die als intensive, planmässige und systematische Vorkehren erscheinen, solange sich aus der Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel eine erhöhte Gefährlichkeit ergibt.<sup>285</sup> 127

Mittel des Zivilprozesses und damit potentielle Täuschungsmittel sind Erklärungen über Tatsachen und Beweismittel. Im Rahmen unzutreffender Tatsachenbehauptungen sind andere Inszenierungen als das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel im soeben entwickelten, extensiven Sinn deshalb nicht ersichtlich. 128

Im Fallbeispiel «GmbH»<sup>286</sup> liess sich der Unterhaltspflichtige im Hinblick auf das laufende Ehescheidungsverfahren einiges einfallen, um namentlich die Höhe der von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge zu beeinflussen: Er liess seinen Bruder zusammen mit dessen Sohn eine GmbH gründen, kaufte 129

<sup>283</sup> Siehe vorn N 26.

<sup>284</sup> Nach Art. 1103 Abs. 1 Satz 1 OR darf zwar ein Check nur ausgestellt werden, wenn der Aussteller beim Bezogenen ein *Guthaben* besitzt und gemäss einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, wonach der Aussteller das Recht hat, über dieses Guthaben mittels Checks zu verfügen. Doch weder kann diese Vorschrift verhindern, dass ein Check ohne Guthaben ausgestellt wird (DRUEY, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, § 27 N 151; vgl. Art. 1103 Abs. 1 Satz 2 OR), noch bedeutet «Guthaben» i.S. dieser Vorschrift zwingend, dass eigene Mittel bei der bezogenen Bank vorhanden sind (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 17 N 21; vgl. Art. 1103 Abs. 3 OR; WIDMER, BSK WPR, Art. 1103 OR N 3). Das OGer ZH, SJZ 1983, S. 231 f., S. 232 (= RStrS 1983, S. 108 ff.), äussert sich im betreffenden Entscheid gegenteilig: «(...) [Es] braucht (...) im vorliegenden Fall keine weiteren Erwägungen, um darzutun, dass der Angeklagte durch das von ihm zugestandene Verhalten den Gerichtspräsidenten mit der Abgabe eines ungedeckten Checks derart [durch falsche Beweismittel arglistig] zu täuschen versuchte (...)»

<sup>285</sup> Siehe vorn N 111.

<sup>286</sup> Siehe vorn N 28.

den Scheingründern die Anteile an der GmbH ab, ohne dies im Handelsregister offenzulegen, und benutzte die GmbH, um den Aufwand in seiner AG zu erhöhen, indem er durch die GmbH Fremdarbeiter anmietete und zu massiv überhöhten Kosten an die AG weitervermietete. Ohne Berücksichtigung seiner Anteile an der GmbH musste seine finanzielle Leistungsfähigkeit als Faktor bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge tiefer erscheinen. Darin kann man wohl intensive, planmässige und systematische Vorkehren erkennen. Allerdings laufen auch diese letztlich darauf hinaus, im Ehescheidungsverfahren Beweismittel, die an sich geeignet sind, eine abgegebene unzutreffende Erklärung über Tatsachen zu beweisen, mithin falsche Beweismittel verwenden zu können.

- <sup>130</sup> Im Fallbeispiel «Lohnblatt»<sup>287</sup> sind keine intensiven, planmässigen und systematischen Vorkehren erkannt worden, auch wenn der Kläger dem Gericht einerseits ein selbst hergestelltes «Lohnblatt» Juli 2009 eingereicht – ohne je behauptet zu haben, es stamme vom Beklagten – und andererseits ein weiteres «Lohnblatt August» und eine «Rechnung August» im Zivilprozess nicht ins Recht gelegt hatte. Zutreffend hält das Kantonsgericht Graubünden mit dem Beschuldigten dafür, dass es dem beweisbelasteten Kläger im Verfahren freistehe, mit welchen Beweismitteln er seinen Anspruch begründen will.<sup>288</sup> «Insofern kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er habe dem Gericht nur sehr selektiv Unterlagen eingereicht.»<sup>289</sup>

### **c) *Besondere Umstände***

- <sup>131</sup> Arglist kann schliesslich auch noch bei einfach falschen Angaben bzw. einfachen Lügen vorliegen, wenn besondere Umstände hinzutreten.<sup>290</sup> Eine eingehende Auseinandersetzung mit den vom Bundesgericht hierzu entwickelten Kriterien – wie etwa bei D. RÜETSCHI<sup>291</sup> – erübrigt sich allerdings: Im Zusammenhang mit unzutreffenden Tatsachenbehauptungen in der Form eines ganzen Lügengebäudes wurde festgestellt, dass deren Überzeugungskraft ohne weiteres zerstört werden kann, indem sie im Einzelnen einfach bestritten werden.<sup>292</sup> Selbst wenn von einfach falschen Angaben bzw. einfa-

---

<sup>287</sup> Siehe vorn N 30.

<sup>288</sup> KGer GR, Entscheid v. 25.5.2011, SK2 11 15, E. 3d.

<sup>289</sup> KGer GR, Entscheid v. 25.5.2011, SK2 11 15, E. 3d.

<sup>290</sup> Siehe vorn N 103.

<sup>291</sup> D. RÜETSCHI, S. 232 f.

<sup>292</sup> Siehe vorn N 110.



chen Lügen aufgrund besonderer Umstände eine erhöhte Gefahr ausgehen sollte, muss auch für sie gelten, dass der Entstehung bzw. dem Fortbestand dieser erhöhten Gefahr die einfache Bestreitung im Weg steht. Würde eine Partei die ihr zur Verfügung stehende Selbstschutzmöglichkeit des einfachen Bestreitens nicht ergreifen, müsste ihr im Rahmen der Opfermitverantwortung – wie schon im Zusammenhang mit dem Lügegebäude festgehalten<sup>293</sup> – *Leichtfertigkeit* vorgeworfen werden. Soweit es um Tatsachenbehauptungen geht, ist Arglist aufgrund besonderer Umstände bei einfach falschen Angaben bzw. einfachen Lügen für den Prozessbetrug also auszuschliessen.

## B. Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen

Auch die Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen kommt als arglistiges Verhalten in Betracht.<sup>294</sup> Die Anerkennung hat zur Folge, dass die unzutreffenden Tatsachenbehauptungen dem Entscheid grundsätzlich ohne Beweis zugrunde gelegt werden.<sup>295</sup>

In dieser Konstellation fehlt es aber an der Schutzbedürftigkeit der unzutreffenden Tatsachenbehauptungen anerkennenden Partei bzw. deren Vermögen.<sup>133</sup> Angenommen, die Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen könnte für einen Irrtum beim Gericht ursächlich sein,<sup>296</sup> hätte die unzutreffende Tatsachenbehauptungen anerkennende Partei die Möglichkeit, sich mittels einfachen Bestreitens selbst zu schützen. Die Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen vermag den objektiven Tatbestand von Art. 146 StGB mithin mangels Arglist nicht zu erfüllen.

## C. Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen

Als potentiell arglistige Tathandlung ist weiter die Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen in Betracht zu ziehen.<sup>134</sup> Mit der Bestreitung werden rechtserhebliche Tatsachen Gegenstand des Beweises (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Damit entsteht zwar das unvermeidbare Risiko der Beweislosigkeit der

<sup>293</sup> Siehe vorn N 110.

<sup>294</sup> Siehe vorn N 70 ff.

<sup>295</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.3 ff., N 11.81; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 7; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 14, nach welchen das Zugeschehen einer Tatsache im Prozess den Beweis ausschliesst.

<sup>296</sup> Siehe hinten N 156.

behaupteten Tatsache.<sup>297</sup> Und bei Beweislosigkeit ist gegen die Partei zu entscheiden, die aus dem Vorhandensein der behaupteten Tatsache Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Gleichzeitig wird aber jeder Partei auch das Recht eingeräumt, für rechtserhebliche, streitige Tatsachen den Beweis anzutreten (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Gegen die Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen und das Risiko der Beweislosigkeit kann sich die beweisbelastete Partei also grundsätzlich selbst schützen, gleichgültig, ob die Bestreitung als Lügengebäude oder als einfach falsche Angabe bzw. einfache Lüge erscheint.

- 135 Die beweisbelastete Partei ist nun aber immerhin insoweit schutzwürdig, als ihr das Recht auf Beweis zusteht. Von einer Beeinträchtigung ist dann auszugehen, wenn ihr die bestreitende Partei den Beweis vereitelt, d.h. die Beweisführung zumindest (wesentlich) erschwert.<sup>298</sup> Die *Beweisvereitelung* erscheint denn auch als intensive, planmässige und systematische Vorkehrung, so dass von einer Inszenierung i.S. einer *besonderen Machenschaft* gesprochen werden muss.
- 136 Und genauso, wie das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismitteln bei unzutreffenden Tatsachenbehauptungen als besondere Machenschaft gilt,<sup>299</sup> muss das Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel bei der Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen – denkbar im Rahmen des Gegenbeweises (vgl. Art. 154 ZPO)<sup>300</sup> – als besondere Machenschaft gelten.
- 137 Die Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen muss mithin als arglistig bezeichnet werden, wenn sie mit einer Beweisvereitelung oder dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel einhergeht.

## D. Zwischenfazit

- 138 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim Prozessbetrug die arglistige Tathandlung in unzutreffenden Tatsachenbehauptungen nur in Verbindung mit dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel bestehen kann.<sup>301</sup> Dabei ist in diesem Zusammenhang von falschen Beweismitteln

---

<sup>297</sup> Deshalb sind auch Regeln über die Folgen der Beweislosigkeit *unerlässlich*, vgl. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 274.

<sup>298</sup> Siehe hinten N 472 ff.

<sup>299</sup> Siehe vorn N 112 ff.

<sup>300</sup> Siehe auch hinten N 158.

<sup>301</sup> Siehe vorn N 112 ff.

auszugehen, wenn diese geeignet sind, die unzutreffenden Tatsachenbehauptungen zu beweisen, d.h. eine entsprechende von der Wirklichkeit abweichende Überzeugung beim Gericht hervorzurufen.<sup>302</sup>

Weiter kann beim Prozessbetrug die arglistige Tathandlung auch in der Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen bestehen, wenn sie mit einer Beweisvereitelung oder dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel einhergeht.<sup>303</sup> 139

Die Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen stellt demgegenüber beim Prozessbetrug unter keinen Umständen eine arglistige Tathandlung dar.<sup>304</sup> 140

### 3. Irrtum

Der Irrtum beim Betrug ist die von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung,<sup>305</sup> die bei jemandem, d.h. einem Menschen,<sup>306</sup> hervorgerufen bzw. bestärkt werden muss. Für das Vorliegen eines Irrtums genügt zwar bereits, dass die richtige Vorstellung fehlt, der Irrtum oder dessen Bestärkung muss aber immer Folge einer motivierenden Einwirkung auf die Vorstellung des betreffenden Menschen sein; die bloße Einwirkung auf die Wirklichkeit genügt mithin nicht.<sup>307</sup> Nicht vorausgesetzt wird, dass der Betroffene fähig 141

<sup>302</sup> Siehe vorn N 124.

<sup>303</sup> Siehe vorn N 134 ff.

<sup>304</sup> Siehe vorn N 132 f.

<sup>305</sup> NOLL, Besonderer Teil I, S. 197 m.H.a. BGE 80 IV 156, E. 6; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 53; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 30; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14; vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.1; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 24; DONATSCH, Strafrecht III, S. 234; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1189; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 7.

<sup>306</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 234; NOLL, Besonderer Teil I, S. 198; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 7; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14; vgl. HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1191; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 54; vgl. auch Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 1020.

<sup>307</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 30; vgl. auch HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1189 f.; NOLL, Besonderer Teil I, S. 197; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 54; a.M. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 56 f., N 125. Siehe auch vorn Fn. 64.

ist, vernünftig zu handeln.<sup>308</sup> Zweifel an der Wahrheit des Vorbringens des Täuschenden schliessen einen Irrtum nicht aus.<sup>309</sup>

- 142 Nun stellt sich die Frage, wie es sich mit diesen allgemeinen Grundsätzen beim untersuchten Verhalten verhält, namentlich im Hinblick darauf, dass das Gericht – als Einzel- oder Kollegialgericht – getäuscht wird, welches zudem nicht nur aus Überzeugung entscheidet.

### **A. Das Gericht als vom Irrtum betroffenes Organ**

- 143 Solange als Gericht ein Einzelrichter amtiert, ist an der Möglichkeit eines tatbestandsmässigen Irrtums nicht zu zweifeln. Einzelrichter können als Menschen irren.
- 144 Schwieriger wird es, wenn als Gericht Personengruppen eingesetzt werden. Hier liegt ein Irrtum nur dann vor, wenn die von der Wirklichkeit abweichenden Vorstellungen der einzelnen Personen übereinstimmen.<sup>310</sup> Das heisst, die einzelnen Vorstellungen jedes Richters im Kollegialgericht müssen sich decken. Das wird umso eher der Fall sein, als entscheidungserhebliche Gesichtspunkte vorgegeben sind.<sup>311</sup> Die Voraussetzungen, die für den Eintritt der von den Parteien angestrebten Rechtsfolgen vorhanden sein müssen bzw. nicht vorhanden sein dürfen, sind durch Rechtsnormen klar definiert.<sup>312</sup> Folglich ist davon auszugehen, dass die diesbezüglichen Vorstellungen der einzelnen Richter im Kollegialgericht in aller Regel übereinstimmen. Insofern kann also auch ein Kollegialgericht i.S. des Betrugstatbestands irren.

---

<sup>308</sup> BGE 80 IV 156, E. 6; BGE 119 IV 210, E. 3c; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 26; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 234; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1188; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 31; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 7; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14.

<sup>309</sup> BGer, Urteil v. 28.6.2012, 6B\_125/2012, E. 6.4; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 126 ff.; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14; vgl. SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 59.

<sup>310</sup> KRAUSS, S. 54; VÖLGER, S. 136.

<sup>311</sup> VÖLGER, S. 137; vgl. KRAUSS, S. 54.

<sup>312</sup> Siehe vorn N 54.

## B. Entscheidungsgrundlage

Das Gericht hat bei der Entscheidungsfindung aufgrund der Tatsachenbehauptungen – insbesondere auch der unstreitigen – und der Beweise zunächst die rechtserheblichen Tatsachen, also die tatsächliche Entscheidungsgrundlage festzustellen.<sup>313</sup> Grundsätzlich ist sodann gestützt auf die so festgestellte tatsächliche Entscheidungsgrundlage zu ermitteln, ob die Rechte und Rechtsverhältnisse, über deren Bestand oder Nichtbestand das Gericht zu entscheiden hat, bestehen oder nicht.<sup>314</sup> Das heisst, es braucht grundsätzlich eine tatsächliche Entscheidungsgrundlage, den «konkreten Einzelfall», auf den dann die abstrakten Rechtsnormen angewendet werden können.<sup>315</sup>

Diese tatsächliche Entscheidungsgrundlage kann nun einerseits auf unterschiedliche Weise zustande kommen, andererseits aber auch gar nicht: Bevor die tatsächliche Entscheidungsgrundlage festgestellt wird, kann über einzelne Tatsachen Beweis erhoben worden sein. Wenn das Gericht in Bezug auf eine Tatsache, über die Beweis erhoben worden ist, zu einer unzutreffenden Überzeugung gelangt, dürfte es unzweifelhaft i.S. des Betrugstatbestands irren.<sup>316</sup> Zweifelhaft ist ein Irrtum des Gerichts hingegen dann, wenn sich auf diesem Weg nicht ermitteln lässt, ob sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat oder nicht,<sup>317</sup> aber auch dann, wenn das Gericht gar nicht ermittelt. Denn «(...) [v]on einem Irrtum kann (...) nicht mehr die Rede sein, wenn sich das Opfer mangels jeglichen Differenzierungsvermögens von der massgebenden Tatsache überhaupt keine Vorstellung gemacht hat oder machen konnte»<sup>318</sup>.

<sup>313</sup> Vgl. U. KAUFMANN, S. 21 (Hervorhebungen hinzugefügt): «Nur [aber immerhin] sofern und soweit die Parteien Tatsachen zum Gegenstand ihres Klagefundamentes machen, sind sie *feststellungs-* und (sofern sie von der Gegenpartei zudem bestritten werden) *beweisbedürftig*»; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 172, 10. Kap. N 1; a.M. wohl GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 156, S. 160, S. 318, S. 320 f., S. 478, der «feststellen» mit der Ermittlung gleichsetzt, ob sich die Tatsachen *verwirklicht* haben oder nicht.

<sup>314</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 156, S. 318, nach welchem aber Tatsachen, die einer unstreitigen Tatsachenbehauptung entspringen, gerade nicht feststellungsbedürftig sein sollen (a.a.O., S. 160, S. 320).

<sup>315</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 30, S. 159.

<sup>316</sup> Vgl. KRELL, S. 105.

<sup>317</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160, S. 325; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.9; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 274; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 35.

<sup>318</sup> ARDINAY, S. 238.

**a) Bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptungen**

- <sup>147</sup> Ist eine Tatsachenbehauptung streitig oder ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, *muss* das Gericht über die entsprechenden rechtserheblichen Tatsachen Beweis erheben (Art. 150 Abs. 1, Art. 153 Abs. 1 ZPO).<sup>319</sup> Hat es an der Richtigkeit einer unstreitigen Tatsachenbehauptung erhebliche Zweifel, *kann* es über die entsprechenden rechtserheblichen Tatsachen Beweis erheben (Art. 153 Abs. 2 ZPO).<sup>320</sup>
- <sup>148</sup> «Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung *überzeugt* ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.»<sup>321</sup> Neben diesem Regelbeweismass sind von Lehre und Rechtsprechung noch andere Intensitäten von Überzeugung anerkannt.<sup>322</sup> Entscheidend ist, dass das Gericht zufolge Erreichens des erforderlichen Beweismasses die betreffende Tatsache feststellt<sup>323</sup> und das Recht auf sie anwendet.<sup>324</sup> Mit der Feststellung der Tatsache macht sich das Gericht eine Vorstellung von der Tatsache,<sup>325</sup> irrt mithin i.S. des Betrugstatbestands, sofern die Vorstellung von der Wirklichkeit abweicht.
- <sup>149</sup> Damit er tatbestandsmässig ist, muss der Irrtum auf eine arglistige Tathandlung zurückzuführen sein,<sup>326</sup> konkret auf unzutreffende Tatsachenbehauptungen in Verbindung mit dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel.

---

<sup>319</sup> Im ersten Fall vorausgesetzt, eine Partei bietet form- und fristgerecht taugliche Beweismittel an (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Im zweiten Fall erfolgt die Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 1 ZPO).

<sup>320</sup> Die Beweiserhebung erfolgt in diesem Fall von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO).

<sup>321</sup> BGE 130 III 321, E. 3.2 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>322</sup> Vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2 f.; GRONER, S. 179 ff.; P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 7 ff.; M. KAUFMANN, S. 1203 ff.; LEU, DK ZPO, Art. 157 N 41 ff.; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N 9.159 ff.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 285 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 26 ff.; vgl. auch umfassend die Studie von BERGER-STEINER.

<sup>323</sup> Vgl. GRONER, S. 179.

<sup>324</sup> Vgl. KOUSSOULIS, S. 277 f. («Erkenntnis»); vgl. auch M. KAUFMANN, S. 1200.

<sup>325</sup> Siehe hinten N 153.

<sup>326</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 124; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 25; DONATSCH, Strafrecht III, S. 221; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1188; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 39; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 7; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14.

tel.<sup>327</sup> In der vorliegenden Konstellation beruht ein allfälliger Irrtum zwar letztlich auf dem Ergebnis der Beweiserhebung. Die Beweiserhebung setzt aber entsprechende unzutreffende Tatsachenbehauptungen voraus, weshalb diese (mit-)ursächlich sind.<sup>328</sup> Beruht das Ergebnis der Beweiserhebung auf den verwendeten oder hergestellten falschen Beweismitteln, ist auch die angewendete Arglist für den Irrtum ursächlich.

Im Fallbeispiel «Farbanschläge»<sup>329</sup> belegte der Beschuldigte einen Schaden 150 mittels einer echten Offerte und einer gefälschten Rechnung. Das Gericht stellte bei der Zusprechung des Schadenersatzes nicht auf die gefälschte Rechnung, sondern auf die echte Offerte ab.<sup>330</sup> Damit ist die angewendete Arglist für den Irrtum gerade nicht ursächlich.<sup>331</sup>

### **b) Beweislose unzutreffende Tatsachenbehauptungen**

Zwar ist es Ziel und Zweck des Beweises, «(...) dem Gericht die Überzeugung 151 vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Tatsachen zu verschaffen (...)»<sup>332</sup> (vgl. Art. 157 ZPO). Das heisst aber noch lange nicht, dass das Gericht in jedem Fall zwingend zu dieser Überzeugung gelangen kann und wird.<sup>333</sup> Das Rechtsproblem der so entstehenden Beweislosigkeit wird durch die Beweislastregeln gelöst<sup>334</sup> und nicht etwa dadurch, dass das Gericht das Recht auf die wahrscheinlichere<sup>335</sup> Variante anwendet, mithin dazu

<sup>327</sup> Siehe vorn N 138.

<sup>328</sup> Vgl. KRELL, S. 105; PIECH, S. 61; vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.149.

<sup>329</sup> Siehe vorn N 32.

<sup>330</sup> OGer BE, Urteil v. 16.12.2010, zitiert nach OGer BE, Urteil v. 5.12.2011, SK 2011 53, Auszug aus den Erwägungen/Massgebliche Strafverfahren/2. Strafverfahren gegen B. M. und B. F./lit. f.

<sup>331</sup> Vgl. OGer BE, Urteil v. 16.12.2010, zitiert nach OGer BE, Urteil v. 5.12.2011, SK 2011 53, Auszug aus den Erwägungen/Massgebliche Strafverfahren/2. Strafverfahren gegen B. M. und B. F./lit. f., wonach «(...) es an der inneren Kausalität zwischen der Täuschung und der tatbestandsmässigen Vermögensdisposition und dem Vermögensschaden fehlt» (Kursivdruck unterdrückt).

<sup>332</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 318; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 35: Gewissheit zu erlangen.

<sup>333</sup> BEGLINGER, S. 469; GRONER, S. 73; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 274; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 35; vgl. KRELL, S. 105. Siehe auch hinten N 524.

<sup>334</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 58; vgl. BEGLINGER, S. 469 f.; GRONER, S. 77; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 274; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 35.

<sup>335</sup> Aber dennoch nicht überzeugende, d.h. das erforderliche Beweismass nicht erreichende.

Tatsachen feststellt, d.h. sich diese als gegeben vorstellt.<sup>336</sup> Der Grund einer Beweislastentscheidung liegt nicht in der Rechtsanwendung auf eine festgestellte tatsächliche Entscheidungsgrundlage – einer Vorstellung von Tatsachen –, sondern in der Tatsache der Beweislosigkeit.<sup>337</sup> Das Gericht macht sich bei der einzelnen Beweislastentscheidung schlicht keine Vorstellung von den entsprechenden Tatsachen und hat damit weder eine mit der Wirklichkeit übereinstimmende noch eine von dieser abweichende Vorstellung. Mithin kann bei der Beweislastentscheidung auch kein Irrtum i.S. des Betrugstatbestands vorliegen.<sup>338</sup>

**c) Unstreitige unzutreffende Tatsachenbehauptungen**

- 152 Gilt der Verhandlungsgrundsatz und bestehen an der Richtigkeit nicht streitiger Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel, darf und muss das Gericht diese *als wahr* betrachten (Art. 153 ZPO).<sup>339</sup> Eine gerichtliche Wahrheitsprüfung durch Beweiserhebung unterbleibt,<sup>340</sup> was zur Folge hat, dass sich das Gericht keine Überzeugung hinsichtlich der Wahrheit der Darstellung bildet.<sup>341</sup> Das bedeutet allerdings nicht, dass sich das Gericht unter diesen Umständen keine Vorstellung von den rechtserheblichen Tatsachen machen darf und muss, die Gegenstand der Tatsachenbehauptungen sind.
- 153 Auch hier sind die Tatsachen festzustellen, was nichts anderes bedeuten kann, als dass sich das Gericht eine bestimmte Vorstellung von diesen macht – gilt doch in diesem Kontext als Vorstellung das «in jmds. Bewusstsein auftretendes, nicht auf unmittelbarer Wahrnehmung beruhendes Abbild der Wirklichkeit; Bild, das sich jmd. in seinen Gedanken von etwas macht

---

<sup>336</sup> Siehe vorn N 148, hinten N 153.

<sup>337</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 58 f.; a.M. wohl A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 43, nach welchen «(...) das Gericht in seinem Urteil davon auszugehen hat, dass die Tatsache nicht vorliegt».

<sup>338</sup> Vgl. KRELL, S. 105 f.

<sup>339</sup> Vgl. Botschaft ZPO, S. 7311: «Was die Parteien übereinstimmend vorbringen, darf und muss das Gericht als «wahr» ansehen (*formelle Wahrheit*)»; vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 150 N 17, Art. 153 N 3, N 8; LEU, DK ZPO, Art. 153 N 6; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N 9.3.

<sup>340</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 150 N 17, Art. 153 N 3, N 8.

<sup>341</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160; P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 153 N 10.



(...)»<sup>342</sup> –, unabhängig davon, ob es von deren Bestand überzeugt ist oder nicht. Unerhebliche Zweifel sind unter diesen Umständen zivilprozessual irrelevant, und «(...) [d]ass der Getäuschte «an der Wahrheit des Vorbringens des Täuschenden (nur) zweifelt», schliesst einen [strafrechtlich relevanten] Irrtum nicht aus (...)»<sup>343</sup>. Bei erheblichen Zweifeln *kann* das Gericht über die entsprechenden rechtserheblichen Tatsachen Beweis erheben (Art. 153 Abs. 2 ZPO), was dafür spricht, dass sich das Gericht immer eine bestimmte Vorstellung von den Tatsachen machen muss, die es feststellt. Weicht die gerichtliche Sachverhaltsfeststellung als Entscheidungsgrundlage von der Wirklichkeit ab, liegt ein Irrtum vor.<sup>344</sup>

Damit der Irrtum tatbestandsmässig ist, muss er auf eine *arglistige* Tathandlung zurückzuführen sein.<sup>345</sup> In der vorliegenden Konstellation beruht der allfällige Irrtum zwar auf unzutreffenden Tatsachenbehauptungen, die arglistig sein könnten. Der Irrtum kann aber gerade nicht auf der allfälligen Arglist – der Verwendung oder Herstellung falscher Beweismittel<sup>346</sup> – beruhen, wenn bei unstreitigen Tatsachenbehauptungen die Beweiserhebung unterbleibt. Die Arglist ist damit für den Irrtum nicht ursächlich.

#### d) *Anerkennung unzutreffender Tatsachenbehauptungen*

In der Anerkennung ist schon keine arglistige Tathandlung zu erblicken.<sup>347</sup> 155

<sup>342</sup> Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2010, Stichwort: «Vorstellung», Ziff. 3 (Kursivdruck unterdrückt); vgl. Wahrig-Burfeind Renate (Hrsg.), Brockhaus, WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, Mit einem Lexikon der Sprachlehre, 9. Aufl., Gütersloh/München 2010, Stichwort: «Vorstellung», Ziff. 3 (Kursivdruck unterdrückt): «Begriff, Gedanke, Bild im Bewusstsein».

<sup>343</sup> TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 14 m.H.a. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 127; vgl. BGer, Urteil v. 28.6.2012, 6B\_125/2012, E. 6.4; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 59.

<sup>344</sup> Demgegenüber scheint KRELL, S. 105 m.w.H., davon auszugehen, dass ein strafrechtlich relevanter Irrtum nur vorliegen könnte, wenn der Zivilrichter jeden unstreitigen Vortrag hinterfragen würde: «Eine Grenze der richterlichen Bindung wird nur für den Fall offensichtlich unwahrer Behauptungen postuliert. Doch ginge es zu weit, wollte man hieraus folgern, dass deshalb auch stets ein strafrechtlich relevanter Irrtum vorliege. Diese Annahme würde auf der lebensfremden Vorstellung gründen, ein Zivilrichter hinterfrage jeden unstreitigen Vortrag»; vgl. auch PIECH, S. 62 ff.

<sup>345</sup> Siehe vorn Fn. 326.

<sup>346</sup> Siehe vorn N 138.

<sup>347</sup> Siehe vorn N 133.

- <sup>156</sup> Darüber hinaus gilt, dass, solange eine Tatsachenbehauptung nicht bestritten wird, diese unstreitig ist, ob ausdrücklich anerkannt oder nicht.<sup>348</sup> Die Anerkennung kann folglich hinweggedacht werden, ohne dass dabei die Folge der unstreitigen Tatsachenbehauptung – die Feststellung der behaupteten Tatsache durch das Gericht und damit deren Vorstellung<sup>349</sup> – entfielen. Die Anerkennung kann mit anderen Worten für einen allfälligen Irrtum des Gerichts auch nicht kausal sein.

**e) *Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen***

- <sup>157</sup> Die mit der Bestreitung erklärten Tatsachen müssen nicht bewiesen<sup>350</sup> und werden somit in der Regel auch nicht festgestellt.<sup>351</sup> Werden die Tatsachen, auf denen die Bestreitung beruht, nicht festgestellt, fehlt es an einer entsprechenden Vorstellung über die erklärten Tatsachen und es kann kein Irrtum vorliegen.
- <sup>158</sup> Dem Beweisgegner steht es jedoch offen, den Gegenbeweis anzutreten (vgl. Art. 154 ZPO). Auch wenn für den gelungenen Gegenbeweis nicht erforderlich ist, «(...) dass das Gericht von der Richtigkeit der Gegendarstellung überzeugt ist (...)»,<sup>352</sup> ist nicht auszuschliessen, dass in diesem Rahmen Tatsachen festgestellt werden. Damit kann auch die Möglichkeit des Vorliegens einer auf der Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen beruhenden Überzeugung, mithin einer von der Wirklichkeit abweichenden Vorstellung bzw. eines Irrtums,<sup>353</sup> nicht ausgeschlossen werden.
- <sup>159</sup> Der Irrtum müsste auch in dieser letzten Variante auf eine arglistige Tathandlung zurückzuführen sein, konkret auf die Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen in Verbindung mit dem Herstellen oder Verwenden fal-

---

<sup>348</sup> Vgl. BRÖNNIMANN, BK ZPO II, Art. 150 N 12 ff.; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 150 N 17; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.3; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 150 N 4; vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7311: «Es ist somit nicht nötig, dass eine Partei ausdrückliche Zugeständnisse machen muss, damit eine Tatsache als unstreitig gilt.» Siehe auch vorn N 71 f.

<sup>349</sup> Siehe vorn N 148, N 153.

<sup>350</sup> Vgl. LEU, DK ZPO, Art. 154 N 70 m.w.H.: «Die [bestreitende] Partei, die den Gegenbeweis führt, muss nichts beweisen (...)» Die mit der Bestreitung erklärten Tatsachen bleiben mithin in der Regel beweislos.

<sup>351</sup> Siehe vorn N 151.

<sup>352</sup> Zum Ganzen A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 19 u.a. m.H.a. BGE 130 III 321, E. 3.4.

<sup>353</sup> Siehe vorn N 148.

scher Beweismittel,<sup>354</sup> damit er tatbestandsmässig ist.<sup>355</sup> Wie bei bewiesenen unzutreffenden Tatsachenbehauptungen beruht der Irrtum auch in der vorliegenden Konstellation zwar letztlich auf dem Ergebnis der Beweiserhebung.<sup>356</sup> Die Beweiserhebung setzt aber grundsätzlich eine entsprechende Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen voraus,<sup>357</sup> weshalb diese (mit-)ursächlich ist. Beruht das Ergebnis der Beweiserhebung auf den verwendeten oder hergestellten falschen Beweismitteln, ist auch die angewendete Arglist für den Irrtum ursächlich.

### C. Zwischenfazit

Um das Recht anwenden zu können, muss das Gericht zunächst die tatsächliche Entscheidungsgrundlage feststellen.<sup>358</sup> Mit der Feststellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage macht sich das Gericht eine Vorstellung von Tatsachen und kann sich diesbezüglich i.S. des Betrugstatbestands irren.<sup>359</sup> Fehlt es hingegen an einer Feststellung von Tatsachen, kann überhaupt kein Irrtum vorliegen, was immer dann der Fall ist, wenn streitige Tatsachenbehauptungen beweislos bleiben und folglich ein Beweislastentscheid ergeht.<sup>360</sup> 160

Beruht eine Feststellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage auf unstreitigen Tatsachenbehauptungen, kann ein allfälliger Irrtum nicht auf arglistiges Verhalten zurückgeführt werden.<sup>361</sup> Auf einer Anerkennung kann eine Feststellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage und damit ein allfälliger Irrtum gar nicht erst beruhen.<sup>362</sup> Damit bleiben für die Erfüllung des objektiven Tatbestands einzig die bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung und gegebenenfalls die im Rahmen des Gegenbeweises ausnahmsweise bewiesene Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen als arglistige Tathandlungen relevant.<sup>363</sup> 161

<sup>354</sup> Siehe vorn N 139.

<sup>355</sup> Siehe vorn Fn. 326.

<sup>356</sup> Siehe vorn N 149.

<sup>357</sup> Siehe vorn N 147.

<sup>358</sup> Siehe vorn N 145.

<sup>359</sup> Siehe vorn N 148, N 153.

<sup>360</sup> Siehe vorn N 151.

<sup>361</sup> Siehe vorn N 154.

<sup>362</sup> Siehe vorn N 156.

<sup>363</sup> Siehe vorn N 147 ff., N 157 ff.

#### 4. Vermögensverfügung

- <sup>162</sup> Weiteres objektives Tatbestandsmerkmal des Betrugs ist die Vermögensverfügung, in Art. 146 Abs. 1 StGB umschrieben als *Verhalten, wodurch der Irrende sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt*. Das tatbestandsmässige Verhalten des Irrenden ist damit einzig durch dessen Wirkung bestimmt. Lehre und Rechtsprechung legen die Umschreibung jedoch restriktiv aus, indem sie an das tatbestandsmässige Verhalten des Irrenden weitere Voraussetzungen knüpfen.<sup>364</sup> Diese gehen letztlich auf den Grundgedanken zurück, dass beim Betrug der alsdann Geschädigte sich selbst schädigt – weshalb der Betrug auch als *Selbstschädigungsdelikt* bezeichnet wird.<sup>365</sup> «Der Täter muss zur Vollendung des Betrugstatbestandes das Opfer zu einem dem deliktischen Vorhaben förderlichen Verhalten bringen. Betrug kann nicht verübt werden, ohne dass das Opfer die vermögensschädigende Verfügung vornimmt und damit einen für den Vermögensschaden kausalen Beitrag leistet.»<sup>366</sup>

##### A. Verfügungsmacht

- <sup>163</sup> Von einer Selbstschädigung kann zunächst nur die Rede sein, wenn das Verhalten des Irrenden dem Geschädigten zugerechnet werden kann. Die Zurechnung ist solange unproblematisch, als Irrender und Geschädigter identisch sind. Erst der sog. *Dreiecksbetrug*, die – sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 146 Abs. 1 StGB ergebende<sup>367</sup> – Konstellation, in welcher der Irrende durch sein Verhalten einen anderen am Vermögen schädigt, bedarf insofern weiterer Begründung, als geklärt werden muss, unter welchen Umständen dem geschädigten Dritten das Verhalten des Irrenden wie eigenes zugerechnet werden kann und muss.<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> Regelmässig wird in diesem Zusammenhang auch die Unmittelbarkeit der vermögensmindernden Wirkung des tatbestandsmässigen Verhaltens des Irrenden thematisiert. Sie wird in vorliegender Arbeit als Teil des Vermögensschadens behandelt und an entsprechender Stelle aufgenommen (siehe hinten N 199).

<sup>365</sup> BGE 126 IV 113, E. 3a; BGE 133 IV 171, E. 4.3; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 138; CASSANI, Begriff der arglistigen Täuschung, S. 154; JOSITSCH/LÜTHI, S. 761; SÄGESSER, N 11, N 29; THOMMEN, S. 18 f. m.H.a. ELLMER, S. 254; vgl. auch NYDEGGER, S. 299.

<sup>366</sup> SÄGESSER, N 29; vgl. SÄGESSER, N 367.

<sup>367</sup> BGE 133 IV 171, E. 4.3.

<sup>368</sup> Vgl. BGE 126 IV 113, E. 3a.

Nach der engeren Auffassung ist das Verhalten des Irrenden dem geschädigten Dritten nur dann wie eigenes zuzurechnen, wenn es sich auf eine *rechtliche Befugnis* stützen lässt.<sup>369</sup> Nach der weiteren Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre genügt die *tatsächliche Macht* zur Verfügung über das Vermögen des geschädigten Dritten, sofern der Irrende in dessen Lager steht (sog. *Lagertheorie* bzw. *Theorie des Näheverhältnisses*).<sup>370</sup> 164

Allein gestützt darauf wäre nicht einzusehen, weshalb das Verhalten des irrenden Gerichts der gegebenenfalls geschädigten Partei nicht wie eigenes zuzurechnen wäre, und zwar bereits nach der engeren Auffassung, wonach das Verhalten des Irrenden dem geschädigten Dritten dann wie eigenes zuzurechnen ist, wenn es sich auf eine rechtlichen Befugnis stützen lässt: Die Zivilprozessordnung gibt dem zuständigen Gericht die Befugnis, notwendige prozessleitende Verfügungen zu erlassen (Art. 124 Abs. 1 ZPO) und Entscheide zu fällen (Art. 236 ff. ZPO), welche Ermächtigung auch Realakte umfasst, wie die Eröffnung des Geschäfts, die Aktenanlage, die Entgegennahme von Parteierklärungen, die Protokollführung, Benachrichtigungen etc.<sup>371</sup> Entsprechendes schädigendes Verhalten des irrenden Gerichts dürfte und müsste der geschädigten Partei folglich wie eigenes zugerechnet werden. 165

Das ist denn auch das Ergebnis, zu dem die schweizerische Lehre und – nach der Abkehr von BGE 78 IV 84 – das Bundesgericht gelangt: «Eine Verfügungsmacht des Richters ist sodann aufgrund seiner *amtlichen Zuständigkeit* (...) zu bejahen (...).»<sup>372</sup> Nach DONATSCH liegt eine Vermögensverfügung 166

<sup>369</sup> Vgl. SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 62; vgl. auch VEST, Dreiecksbetrug, S. 1465 f.

<sup>370</sup> Vgl. BGE 126 IV 113, E. 3a; BGE 128 IV 255, E. 2e/aa; BGE 133 IV 171, E. 4.3; BGer, Urteil v. 2.4.2009, 6B\_683/2008, E. 3.3.2; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 138 f.; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 28; DONATSCH, Strafrecht III, S. 236; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1195; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 35 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 18; VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>371</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 242; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.6; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 13; WILLISEGGER, S. 198 f.

<sup>372</sup> BGE 122 IV 197, E. 2c (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGer 6B\_748/2008, E. 3.7. Zur Behandlung der Problematik in der deutschen Rechtsprechung vgl. PIECH, S. 173: «Die Bejahung eines Betrugs mittels Täuschung des Richters durch die Rechtsprechung beruht offensichtlich allein darauf, daß das Gericht die sich aus Gesetz ergebenden Möglichkeit hat, über das Vermögen der Prozeßparteien zu verfügen.»

«(...) in Entscheidungen von Richtern und Beamten, welche kraft hoheitlicher Gewalt *befugt* sind, über private oder staatliche vermögenswerte Leistungen zu entscheiden»<sup>373</sup>. HURTADO POZO bejaht die Verfügungsmacht des Gerichts gestützt auf dessen Befugnis: «(...) [U]n pouvoir de disposer du juge sur la base de sa *compétence officielle* existe (...)»<sup>374</sup> Im gleichen Sinn äussern sich D. RÜETSCHI, nach welchem «(...) [d]ie Verfügungsmacht (...) nicht wie im klassischen Dreiecksbetrug qua Rechtsgeschäft [entsteht], sondern (...) in der *gesetzlichen Autorität* des Gerichts zur definitiven Regelung privater Vermögensstreitigkeiten [gründet]»<sup>375</sup>, sowie SCHUBARTH/ALBRECHT, nach welchen das Gericht eine Verfügungsmacht begründende rechtliche Befugnis zur Verfügung über fremde Sachen oder fremdes Vermögen hat.<sup>376</sup> Im Ergebnis übereinstimmend auch STRATENWERTH/WOHLERS, wonach sich aus der *amtlichen Befugnis* des Gerichts, in die Vermögenswerte des Urteilsunterworfenen einzugreifen, ergibt, dass es sich um eine strafrechtlich relevante Vermögensdisposition handelt.<sup>377</sup> Bereits WALDER führte – eine strafrechtlich relevante Vermögensdisposition des Gerichts bejahend – aus, dass das Gericht dank «*obrigkeitlicher Machtbefugnis*» disponiere.<sup>378</sup>

- 167 Nun kommt aber PIECH – deutsches Recht betreffend – zum entgegengesetzten Schluss, nämlich dass die Verfügung des Richters nicht betrugsrelevant sein kann,<sup>379</sup> weil das getäuschte und verfügende Gericht dem Geschädigten nicht näher steht als dem Täter, sondern vielmehr als neutraler Dritter zwischen den Parteien.<sup>380</sup> Unter den aus der deutschen Lehre und Rechtsprechung zum Dreiecksbetrug hergeleiteten<sup>381</sup> Prämissen, «(...) daß der Getäuschte in einem irgendwie gearteten Näheverhältnis zum Geschädigten bzw. dessen Vermögen (...) [stehen muss], so daß der Getäuschte bei der Vornahme der Vermögensverfügung in der Sphäre des Geschädigten tätig wird»<sup>382</sup>, und vor allem, dass «(...) der Getäuschte (...) dem Geschädigten

---

<sup>373</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>374</sup> HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1198 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>375</sup> D. RÜETSCHI, S. 237 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>376</sup> SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 62 f.

<sup>377</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9.

<sup>378</sup> WALDER, Prozessbetrug, S. 108.

<sup>379</sup> PIECH, S. 190, S. 194.

<sup>380</sup> PIECH, S. 193.

<sup>381</sup> Vgl. PIECH, S. 172 ff.

<sup>382</sup> PIECH, S. 169 f. m.w.H.

näher stehen [muss] als dem Täter»<sup>383</sup>, leuchtet der von PIECH gezogene Schluss ohne weiteres ein. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob die aufgestellten Prämissen zum Dreiecksbetrug im schweizerischen Recht Geltung beanspruchen können.

Im Leitentscheid BGE 126 IV 113 – in welchem das Bundesgericht erstmals näher darauf eingeht, von welcher Qualität das Verhältnis zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten bzw. dessen Vermögen beim Dreiecksbetrug allgemein sein soll<sup>384</sup> – hält dieses fest, dass der Grundgedanke des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt nur dann gewahrt ist, wenn «(...) der Getäuschte für den Vermögenskreis des Geschädigten <verantwortlich> bzw. <zuständig> ist *und* darüber verfügen kann. (...). Dabei genügt nach vorherrschender Auffassung eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit; nicht erforderlich ist dagegen, dass der Verfügende zusätzlich auch rechtlich wirksam disponieren kann (...). (...). Entscheidend ist, dass der getäuschte Dritte bildlich gesprochen <im Lager> des Geschädigten steht (...).»<sup>385</sup>

Mit anderen Worten muss der Getäuschte zum Geschädigten in einem besonderen Nähe- oder Beziehungsverhältnis stehen. Dass der Getäuschte dem Geschädigten in dieser Eigenschaft näher stehen muss als dem Täter, lässt sich – zumindest direkt – nicht herauslesen.<sup>386</sup>

Dass der Getäuschte dem Geschädigten näher stehen muss als dem Täter, folgert in seinen Bemerkungen zum zitierten Bundesgerichtsentscheid auch VEST nicht: Ein besonderes Beziehungsverhältnis des Verfügenden zur erlangten Sache oder Forderung sei unverzichtbar, weil die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit allein kein Kriterium für die Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zu liefern vermag.<sup>387</sup> Dies gereicht dann aber auch lediglich zur Aussage, dass «(...) [n]ur derjenige, der dem betroffenen fremden Vermögenskreis *faktisch näher steht als ein beliebiger Dritter*, (...)

<sup>383</sup> PIECH, S. 170 m.w.H.

<sup>384</sup> Vgl. VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>385</sup> BGE 126 IV 113, E. 3a m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGE 128 IV 255, E. 2e/aa; BGE 133 IV 171, E. 4.3; BGer, Urteil v. 2.4.2009, 6B\_683/2008, E. 3.3.2; vgl. auch BStGer, Entscheid v. 3.10.2007, SK.2006.20, E. 2.4, mit zahlreichen Beispielen, in denen eine ausreichende «*faktische Nähe*» bejaht wird.

<sup>386</sup> Vgl. PIECH, S. 173, die bezüglich der deutschen Rechtsprechung zum gleichen Ergebnis kommt.

<sup>387</sup> VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

zum Lager des Geschädigten [gehört]»<sup>388</sup>. VEST schliesst dabei nicht aus, dass der Getäuschte gleichzeitig auch im Lager des Täters stehen kann – wie der Richter im Zivilprozess, der «(...) angesichts seiner hoheitlichen Aufgabe, Recht zu sprechen und dadurch ein richtiges Urteil zu ermöglichen, gar «im Lager» beider Parteien [steht]»<sup>389</sup>.

- 171 Gerade in diesem Punkt anders äussern sich STRATENWERTH/WOHLERS, nach welchen das durch eine Partei getäuschte Gericht gerade nicht im Lager der den Prozess verlierenden anderen Partei steht.<sup>390</sup> Beim Prozessbetrug gelte – gegenüber dem gewöhnlichen Dreiecksbetrug, bei dem ein faktisches Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Inhaber des betroffenen Vermögens vorauszusetzen ist – insofern eine Besonderheit, als «(...) es sich dennoch um eine strafrechtlich relevante Vermögensdisposition handelt, (...) [weil] der Richter kraft seines Amtes befugt ist, in die Vermögenswerte des Urteilsunterworfenen einzugreifen (...)»<sup>391</sup>.
- 172 Nach ARZT setzen Verfügungen über Drittvermögen, die zu einem Dreiecksbetrug führen, voraus, dass zwischen dem Irrenden/Verfügenden und dem geschädigten Vermögensinhaber ein Näheverhältnis besteht.<sup>392</sup> Ein solches sei unproblematisch bei Verfügungsbefugnis des Irrenden.<sup>393</sup> Ansonsten reiche ein faktisches Näheverhältnis aus, «(...) wenn (!) der Verfügende im Lager des Geschädigten steht (Lagertheorie), d.h. solange der Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt gewahrt bleibt (...)»<sup>394</sup>.
- 173 Auf den Leitentscheid des Bundesgerichts beziehend verlangen STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, dass der Verfügende hinsichtlich des fremden Vermögens eine gewisse Verfügungsmacht haben müsse.<sup>395</sup> Er müsse gleichsam als «Inhaber oder doch Verwalter usw. des Vermögens»<sup>396</sup> erscheinen, damit noch von einer Selbstschädigung gesprochen werden könne.

---

<sup>388</sup> VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>389</sup> VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>390</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9; vgl. PIECH, S. 176: «Der Getäuschte, der von dem Geschädigten und dem Täter gleich weit entfernt ist, kann nicht als im Lager des Geschädigten stehend angesehen werden.»

<sup>391</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9.

<sup>392</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 137 f.

<sup>393</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 138.

<sup>394</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 138 m.w.H. (Hervorhebung unterdrückt).

<sup>395</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 35 Fn. 60.

<sup>396</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 35.



Dabei reiche tatsächliche Verfügungsmacht aus.<sup>397</sup> Sie räumen mit Verweisung auf VEST ein, dass es Schwierigkeiten bereite, die tatsächliche Verfügungsmacht exakt zu begrenzen.<sup>398</sup> «Sie wird sicherlich dann noch angenommen werden müssen, wenn der Verfügende die tatsächliche Sachherrschaft, den *Gewahrsam*, an dem Vermögensgegenstand für sich oder einen andern (Gewahrsamsdiener!) ausübt. Denn in solchem Falle ist der Verfügende dem Vermögen immer noch «näher» als der Täter (...).»<sup>399</sup> Auch damit ist nicht gesagt, dass der Getäuschte dem Geschädigten näher stehen muss als dem Täter.

Während sich also die Prämisse, dass beim Dreiecksbetrug der Getäuschte in einem besonderen Nähe- oder Beziehungsverhältnis zum Geschädigten bzw. dessen Vermögen stehen muss – sei es begründet durch eine Verfügungsbezugnis oder dadurch, dass der Verfügende im Lager des Geschädigten steht –, aus der herrschenden schweizerischen Lehre und Rechtsprechung zum Dreiecksbetrug noch herleiten lässt, findet die Prämisse, dass beim Dreiecksbetrug der Getäuschte dem Geschädigten näher stehen muss als dem Täter, keine Stütze.

PIECH begründet letztere Prämisse für die Lagertheorie damit, dass «(...) [d]er Getäuschte, der von dem Geschädigten und dem Täter gleich weit entfernt ist, (...) nicht als im Lager des Geschädigten stehend angesehen werden [kann]»<sup>400</sup>. Später beruft sie sich – die Prämisse für die Befugnis- oder Ermächtigungstheorie aufrechterhaltend – auf KRACK/RADTKE,<sup>401</sup> nach welchen der Verfügende lediglich dann für den Geschädigten und nicht als Werkzeug des Täuschenden tätig ist, «(...) so daß von einem dem Geschädigten zurechenbaren und damit selbstschädigenden Dispositionsakt gespro-

<sup>397</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 35.

<sup>398</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 36 Fn. 62.

<sup>399</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 36.

<sup>400</sup> PIECH, S. 176.

<sup>401</sup> PIECH, S. 184 Fn. 904.

chen werden kann»<sup>402</sup>, wenn die Prämisse erfüllt ist,<sup>403</sup> sowie auf FAHL,<sup>404</sup> der wiederum KRACK/RADTKE zitiert.<sup>405</sup>

- 176 Die Begründung PIECHS erschöpft sich in der Berufung auf die Lagertheorie, jene von KRACK/RADTKE in der Berufung auf das Wesen des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt.<sup>406</sup> Damit vermag die Argumentation für die Prämisse, dass beim Dreiecksbetrug der Getäuschte dem Geschädigten näher stehen muss als dem Täter, nicht restlos zu überzeugen. Das Ergebnis PIECHS, dass die Verfügung des Gerichts nicht betrugsrelevant ist, soll deshalb als These aber noch nicht gleich verworfen werden. Vielmehr ist die Frage aufzuwerfen, ob die Lagertheorie LENCKNERS an sich – auf die auch das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 126 IV 113 explizit rekurriert<sup>407</sup> – nicht bereits ausreichendes Argument liefert, um die Betrugsrelevanz von Verfügungen des Gerichts zu verneinen.
- 177 *«In jemand's Lager stehen»* ist eine bildliche Umschreibung, die von LENCKNER in die Diskussion um den Dreiecksbetrug eingebracht worden ist<sup>408</sup> und wesentlich auf Überlegungen SCHRÖDERS zur Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung zurückgeht,<sup>409</sup> die dieser u.a. – bezeichnenderweise? – am Beispiel des Lageraufsehers anstellt, *«(...) der auf Grund eines falschen Telefongesprächs dem Täter Waren herausgibt (...)»*<sup>410</sup>.<sup>411</sup> LENCKNER geht es in seiner Anmerkung, mit der er die Lagerthe-

---

<sup>402</sup> KRACK/RADTKE, S. 19.

<sup>403</sup> KRACK/RADTKE, S. 19.

<sup>404</sup> PIECH, S. 193 Fn. 945.

<sup>405</sup> FAHL, S. 77 Fn. 49. Wenn er ebd. SCHRÖDER, S. 76, mit den Worten zitiert, *«daß seine Stellung gegenüber dem Täter tatsächlich besser und näher ist»*, ist damit nicht gesagt, dass der Getäuschte näher zum Geschädigten als zum Täter stehen muss.

<sup>406</sup> Vgl. KRACK/RADTKE, S. 19 (Hervorhebung hinzugefügt): *«Wer die wohl einhellig vertretene Prämisse, daß der Betrugstatbestand nur Selbstschädigungskonstellationen erfaßt, ernst nimmt, wird den Betrugstatbestand nur dann bejahen können, wenn der potentiell Verfügende näher zum (geschädigten) Vermögensinhaber als zum Täter steht.»*

<sup>407</sup> BGE 126 IV 113, E. 3a.

<sup>408</sup> HEFENDEHL, MüKo StGB/D V, § 263 N 328 Fn. 1015; vgl. PERRON, in: Schönke/Schröder, § 263 StGB/D N 66; T. FISCHER, § 263 StGB/D N 82; TIEDEMANN, LK StGB/D IX/I, § 263 N 116; vgl. auch BGE 126 IV 113, E. 3a.

<sup>409</sup> HEFENDEHL, MüKo StGB/D V, § 263 N 328 Fn. 1015; PIECH, S. 175; vgl. LENCKNER, S. 321; vgl. auch PERRON, in: Schönke/Schröder, § 263 StGB/D N 66; TIEDEMANN, LK StGB/D IX/I, § 263 N 116.

<sup>410</sup> SCHRÖDER, S. 68.

<sup>411</sup> SCHRÖDER, S. 68, S. 71.

orie prägen sollte, darum, die Voraussetzung fassbar zu machen, dass der Getäuschte beim Dreiecksbetrug «(...) schon vorher in einer *besonderen Beziehung* zu der Sache gestanden hat, über die er «verfügt»<sup>412</sup>, so dass das Wesen des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt gewahrt bleibt.<sup>413</sup> Er zeichnet mit SCHRÖDER das Bild eines Verfügenden, der selbst demselben Machtkreis angehört, dem die Sache entstammt, über die er verfügt.<sup>414</sup>

In dieses Bild des Verfügenden passt das Gericht nun aber schlecht. Einmal tritt das Gericht erst mit Rechtshängigkeit des Zivilprozesses in eine Beziehung zu den Parteien – Stichwort Prozessrechtsverhältnis.<sup>415</sup> Ob man hier von einer der Verfügung – den Ausführungen LENCKNERS gerecht werdend – *vorausgehenden* Beziehung sprechen kann und muss, darf bezweifelt werden. Zu zweifeln ist aber vor allem daran, dass die auf dem Prozessrechtsverhältnis beruhende Beziehung in ihrer Qualität der Vorstellung LENCKNERS gerecht wird, wonach der Verfügende selbst als demselben Machtkreis angehörend erscheinen muss, dem die Sache entstammt, über die er verfügt. 178

An dieser Stelle ist nun auf die – vor diesem Hintergrund in neuem Licht erscheinenden – Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 78 IV 84 zurückzukommen: «Das Wesen des Betruges besteht darin, dass der Täter (...) den Willen eines Rechtssubjektes oder des Vertreters eines solchen beeinflusst, um es zu einer freiwilligen Verfügung über eigenes oder fremdes Vermögen zu veranlassen. Der Getäuschte (...) steht dem Betrüger (...) als Partei gegenüber. (...). Der Richter ist weder selber Rechtssubjekt, noch handelt er als Vertreter eines solchen. Er steht über den Parteien, tritt nicht an der Seite der einen in rechtsgeschäftlichen Verkehr mit der andern (...). (...). Der Richter verfügt nicht über Vermögensrechte, die er nach Art einer Privatperson oder eines Vertreters des Gemeinwesens (z.B. einer Behörde, die Subventionen zuspricht) zu wahren hätte (...).»<sup>416</sup> 179

WAIBLINGER kreidet dem Kassationshof an, diese grundlegende, den Anwendungsbereich des Betrugstatbestands sehr stark einengende Auslegung nicht näher zu begründen.<sup>417</sup> «Er leitet sie einfach aus dem «Wesen des Be- 180

<sup>412</sup> LENCKNER, S. 321.

<sup>413</sup> LENCKNER, S. 321.

<sup>414</sup> LENCKNER, S. 321; SCHRÖDER, S. 71.

<sup>415</sup> Siehe vorn N 2.

<sup>416</sup> BGE 78 IV 84, E. 2.

<sup>417</sup> WAIBLINGER, Rechtsprechung 1952, S. 101.

truges» ab!«<sup>418</sup> Seine im Anschluss formulierte Kritik fusst weitgehend auf dem Bedürfnis nach Rechtsschutz und dem Unbehagen hinsichtlich der «sonderbaren» Konsequenzen.<sup>419</sup> Dogmatisch ist sie wenig ergiebig. Die von WALDER geäußerte Kritik an der Entscheidung ist vom Verständnis geleitet, dass die bloße Einwirkungsmöglichkeit ausreicht, um Verfügungsmacht zu begründen, ohne dass zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten bzw. dessen Vermögen ein irgendwie geartetes Näheverhältnis bestehen müsste.<sup>420</sup> Diese Ansicht muss heute als überwunden angesehen werden.<sup>421</sup> Der Kritik von WAIBLINGER und WALDER hat sich die Lehre und zum Teil auch die Rechtsprechung angeschlossen.<sup>422</sup>

- 181 Nun merkt VEST in der neueren Diskussion zum Dreiecksbetrug allgemein an, dem Entscheid lasse sich nur entnehmen, «(...) dass es sich bei der arglistig getäuschten Person auch um den Vertreter des Geschädigten handeln könne (...). Ob diese Vertretung tatsächlicher oder rechtlicher Natur ist, blieb aber im Rahmen der erwähnten obiter dicta gerade offen.»<sup>423</sup> Der Entscheid kann mit anderen Worten (auch) i.S. der Lagertheorie interpretiert werden,

---

<sup>418</sup> WAIBLINGER, Rechtsprechung 1952, S. 101.

<sup>419</sup> Vgl. WAIBLINGER, Rechtsprechung 1952, S. 103: «Die Entscheidung des Kassationshofes wird aber zudem zur sonderbaren Folge führen, dass zwar der Prozessbetrug durch Täuschung des Zivilrichters nicht unter [a]Art. 148 StGB fällt, wenn es zu einem die Gegenpartei schädigenden Urteil kommt, dagegen wohl der Prozessbetrug, der – in ganz gleicher Weise begangen – nicht zur Schädigung durch ein Urteil, sondern durch einen vom Prozessgegner angenommenen für ihn ungünstigen Vergleich führt.»

<sup>420</sup> Vgl. WALDER, Prozessbetrug, S. 108: «Wenn ich im bisherigen dargetan habe, daß dem Betrugstatbestand ein Parteiverhältnis der Beteiligten nicht wesentlich sei (...); WALDER, a.a.O., S. 108 (Hervorhebung unterdrückt): «Natürlich ist er [der Richter] in seinem Amte weder (privatrechtliches) Rechtssubjekt noch handelt er als Vertreter eines solchen. Der Betrugsartikel verlangt das aber gar nicht, und die Tatsache, daß der Richter dank obrigkeitlicher Machtbefugnis (nicht im Namen einer oder beider Parteien) disponiert, spielt für die Anwendung von [a]Art. 148 StGB keine Rolle»; WALDER, a.a.O., S. 109 (Hervorhebung unterdrückt): «Das bundesgerichtliche Argument [der Richter verfüge nicht nach Art eines Privaten über Vermögensrechte, sondern spreche Recht] visiert hier zusammen mit dem Argument vom angeblichen Parteiverhältnis anscheinend eine Lehrmeinung an, die in der deutschen Literatur ab und zu vertreten wurde: Der getäuschte Dritte dürfe nicht nur die Möglichkeit haben, sondern müsse auch das Recht besitzen, über fremdes Gut zu disponieren. Für die andere Lehrmeinung, die herrschende, genügt jede Möglichkeit des Verhaltens des Getäuschten, die sich schädigend auf das eigene oder fremde Vermögen auswirkt.»

<sup>421</sup> Siehe vorn N 164.

<sup>422</sup> Siehe vorn N 3.

<sup>423</sup> VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

sofern man nur die in den Erwägungen des Bundesgerichts verwendete Bezeichnung «Vertreter» entsprechend auslegt, dass es sich dabei um eine Person aus dem «Umfeld» des Geschädigten handeln muss.<sup>424</sup> Im Gegensatz zum Bundesgericht kommt VEST dann allerdings zum Schluss, dass der Richter die so verstandene «Vertreter»-Eigenschaft erfüllt, indem er «(...) angesichts seiner hoheitlichen Aufgabe, Recht zu sprechen und dadurch ein richtiges Urteil zu ermöglichen, gar «im Lager» *beider Parteien* [steht]»<sup>425</sup>. Insoweit ist die Ansicht – mit STRATENWERTH/WOHLERS<sup>426</sup> – abzulehnen:

Das Gericht ist das in der Rechtsstreitigkeit denknotwendige Dritte,<sup>427</sup> das 182  
«(...) mit Bezug auf die Parteien ein Unbeteiligtes [ist], ein Neutrum (...)»<sup>428</sup>  
– der *unbeteiligte und uninteressierte Dritte*,<sup>429</sup> der als «rechter Mittler»  
zwischen den Parteien in Erscheinung tritt.<sup>430</sup> Es steht zur potentiell ge-  
schädigten Partei in gleicher Weise wie zur täuschenden (Gegen-)Partei in  
Beziehung<sup>431</sup> und kann weder der einen noch der andere Seite zugeordnet  
werden.<sup>432</sup> Das Gericht gibt nicht heraus, es *greift* allenfalls in die Vermö-  
genswerte des Entscheidunterworfenen *ein*.<sup>433</sup>

Zwar ergibt sich aus einer rechtlichen Befugnis des Getäuschten, über das 183  
Vermögen des Geschädigten zu verfügen, regelmässig ohne weiteres ein be-  
sonderes Nähe- oder Beziehungsverhältnis zum Geschädigten bzw. dessen  
Vermögen, so dass der Getäuschte als im Lager des Geschädigten er-  
scheint.<sup>434</sup> Aber für die Befugnis des Gerichts gilt dies ausnahmsweise gera-  
de nicht; die besondere, doppelseitige rechtliche Befugnis des Gerichts ist  
nicht geeignet, das erforderliche Nähe- oder Beziehungsverhältnis zu be-

<sup>424</sup> Vgl. VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>425</sup> VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466.

<sup>426</sup> Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9.

<sup>427</sup> EICHENBERGER, S. 12.

<sup>428</sup> EICHENBERGER, S. 12.

<sup>429</sup> EICHENBERGER, S. 7 f.; FRIESENHAHN, S. 26 f.; J.P. MÜLLER/SCHEFER, S. 928 f.

<sup>430</sup> Vgl. BGE 33 I 143, E. 2; zuletzt etwa BGE 134 I 16, E. 4.2; OGer ZH, SJZ 2014, S. 22 f., S. 23; KIENER, S. 12 f., S. 334 f.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 6 N 18; WULLSCHLEGER, ZK ZPO, Vor Art. 47–51 N 1; vgl. auch LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N 2.28.

<sup>431</sup> HARTMANN, S. 61.

<sup>432</sup> D. RÜETSCHLI, S. 237; vgl. HARTMANN, S. 64 f.; PIECH, S. 176.

<sup>433</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9; vgl. LENCKNER, S. 321.

<sup>434</sup> Vgl. PIECH, S. 177, S. 180, S. 182, S. 185.

gründen.<sup>435</sup> Das Gericht kann durch seine rechtliche Befugnis weder der einen noch der anderen Seite zugeordnet werden.<sup>436</sup>

- 184 Die Lösung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung besteht nun offenbar darin, beim Prozessbetrug auf das besondere Nähe- oder Beziehungsverhältnis zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten bzw. dessen Vermögen – bis auf STRATENWERTH/WOHLERS<sup>437</sup> stillschweigend – zu verzichten und die Betrugsrelevanz gerichtlicher Vermögensdispositionen allein auf die rechtliche Befugnis des Gerichts abzustützen, in die Vermögenswerte des Urteilsunterworfenen einzugreifen.<sup>438</sup> Dabei wird verkannt, dass diese Befugnis allein nicht geeignet ist, ein Verhalten des Gerichts als Selbstschädigung einer Partei erscheinen zu lassen.<sup>439</sup> Der Grund, das Verhalten des Irrenden dem Geschädigten zuzurechnen, kann nur im besonderen Nähe- oder Beziehungsverhältnis zwischen dem Irrenden und dem Geschädigten bzw. dessen Vermögen liegen.<sup>440</sup> Dieses ist vorauszusetzen, damit das Wesen des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt gewahrt bleibt.<sup>441</sup>
- 185 Der Umstand, dass das Vorliegen einer rechtlichen Befugnis regelmässig mit einem besonderen Nähe- oder Beziehungsverhältnis einhergeht, darf nicht dazu verleiten, immer wenn eine rechtliche Befugnis vorliegt, auch das besondere Nähe- oder Beziehungsverhältnis zu bejahen.<sup>442</sup> Die rechtliche Befugnis des Gerichts, in die Vermögenswerte des Entscheidunterworfenen einzugreifen, vermag das erforderliche Nähe- oder Beziehungsverhältnis gerade nicht zu begründen.<sup>443</sup> Damit kann gegebenenfalls schädigendes Verhalten des Gerichts mangels Verfügungsmacht nicht betrugsrelevant sein.<sup>444</sup>

---

<sup>435</sup> HARTMANN, S. 64; PIECH, S. 177, S. 180, S. 182, S. 184, S. 185, S. 193.

<sup>436</sup> D. RÜETSCHI, S. 237; vgl. PIECH, S. 177, S. 184, S. 185, S. 194.

<sup>437</sup> Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 9 (siehe auch vorn N 171). In einer Fussnote weist auch ATHANASOPOULOS, S. 146 f. Fn. 641, auf das fehlende Näheverhältnis beim Prozessbetrug hin.

<sup>438</sup> Siehe vorn N 166. Vgl. abw. VEST, Dreiecksbetrug, S. 1466, der den Richter im Lager beider Parteien sieht (siehe auch vorn N 170). Vgl. auch den ganz ähnlichen Befund zur deutschen Lehre und Rechtsprechung bei PIECH, S. 191; vgl. ferner FAHL, S. 78.

<sup>439</sup> PIECH, S. 193.

<sup>440</sup> PIECH, S. 191.

<sup>441</sup> PIECH, S. 192.

<sup>442</sup> Vgl. PIECH, S. 193.

<sup>443</sup> PIECH, S. 193.

<sup>444</sup> Vgl. PIECH, S. 190, S. 194.

## B. Verfügungsfreiheit

Das Erfordernis der Selbstschädigung setzt weiter voraus, dass der Irrende über eine gewisse Wahlfreiheit verfügt,<sup>445</sup> er also frei handelt.<sup>446</sup> Unter das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung soll nur – wenn auch durch einen Irrtum beeinflusstes<sup>447</sup> – freiwilliges Verhalten des Irrenden fallen.<sup>448</sup> Wenn es darum geht, diese Verfügungsfreiheit genauer zu umschreiben, bleiben Lehre und Rechtsprechung allerdings für gewöhnlich vage, sofern der geforderte Umstand überhaupt konkretisiert wird.

STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER schliessen ihre – im Wesentlichen aus einem Beispiel bestehenden – Ausführungen zur Wahlfreiheit mit der These ab, dass der Grad an Entscheidungsfreiheit, die dem Betroffenen bleibt, massgebend sein soll.<sup>449</sup> Bei HURTADO POZO heisst es: «La personne (...) doit agir en toute liberté. Elle ne doit donc pas être sous contrainte.»<sup>450</sup> ARZT vermag aus dem Selbstschädigungscharakter des Betrugs keine Leitlinie zu gewinnen, «(...) welche Pressionsformen dem Täter, der den Druck ausübt, als Fremdschädigung anzurechnen sind (also Raub, Erpressung) und welche in Verbindung mit Täuschung auch oder nur eine betrügerische Selbstschädigung begründen»<sup>451</sup>, und schlägt als Faustregel pragmatisch vor, bei Kombinationen von Drohung und Gewalt mit Täuschung erst Raub bzw. Erpressung zu untersuchen.<sup>452</sup> «Liegt Raub oder Erpressung vor, ist die das Nötigungselement stärkende Täuschung (z.B. Drohung mit Scheinwaffe) vom Unrecht des Raubs bzw. der Erpressung umfasst. Betrug entfällt mangels hinreichend freiwilliger Verfügung. (...). Wo das täuschende Nötigungs-

<sup>445</sup> BGer, Urteil v. 23.12.2011, 6B\_173/2011, E. 1.5.1; DONATSCH, Strafrecht III, S. 238; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 28; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 34.

<sup>446</sup> Vgl. – womöglich noch darüber hinausgehend – HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1196 (Hervorhebung hinzugefügt): «La personne (...) doit agir *en toute liberté*.»

<sup>447</sup> NYDEGGER, S. 299, weist darauf hin, dass die Entscheidungsfreiheit des Opfers beim Betrug insofern eingeschränkt werde, als «(...) die Täuschung des Betrügers den Willen des Opfers verzerrt, sodass dieses letztlich nicht mehr uneingeschränkt frei entscheiden kann (...)».

<sup>448</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 131 ff.; NOLL, Besonderer Teil I, S. 199; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 17.

<sup>449</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 34.

<sup>450</sup> HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1196; vgl. HEITZ, S. 134 m.w.H.: «(...) [D]er Täter darf das Opfer nicht zum fraglichen Verhalten zwingen.»

<sup>451</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 131 (Hervorhebungen unterdrückt).

<sup>452</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 132.

bzw. Gewaltelement nicht zu Raub bzw. Erpressung führt, liegt i.d.R. Betrug vor.»<sup>453</sup>

- 188 Das Bundesgericht hat sich in seiner jüngeren Rechtsprechung – soweit ersichtlich – lediglich einmal mit dem Argument mangelnder Wahlfreiheit des Irrenden auseinandergesetzt,<sup>454</sup> wobei die betreffende Erwägung nicht weiter erhellend ist, weil das Gericht die Frage einer Abgrenzung des Betrugs zu einem Fremdschädigungsdelikt im konkreten Fall «offenkundig» nicht gestellt sieht und sich deshalb im Wesentlichen auf die Wiedergabe einschlägiger Literatur beschränkt.
- 189 In diesem Zusammenhang ist die wiederum ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Prozessbetrug zu erwähnen. Das Bundesgericht führt als Argument gegen die Anwendung des Betrugstatbestands auf den Prozessbetrug an, dass «(...) die Gegenpartei des Täters (...) ihre im Streite liegenden Vermögensrechte auch nicht freiwillig [aufgibt], sondern unter dem Drucke des durch Täuschung des Richters zustande gekommenen Urteils (...)»<sup>455</sup>. Dieses Argument ist schon deshalb zu verwerfen, weil es beim Prozessbetrug nicht um die Freiwilligkeit der Gegenpartei gehen kann, sondern nur um diejenige des irrenden Gerichts.<sup>456</sup>
- 190 Aus einem anderen Blickwinkel betrachten die Verfügungsfreiheit VÖLGER, welche die geforderte Wahlfreiheit des Forschungsorgans in der Forschungsförderung mit dem erheblichen Ermessensspielraum begründet,<sup>457</sup> HEITZ, der die geforderte Wahlfreiheit der Vergabebehörde im Submissionsverfahren mit dem freien Entscheid der Mitarbeiter regelmässig für das wirtschaftlich günstigste Angebot begründet,<sup>458</sup> HUMBEL, der die geforderte Wahlfreiheit der Verwaltungsbehörde im Subventionsverfahren mit dem eigenen, in seiner Grösse variierenden Handlungsspielraum begründet,<sup>459</sup> und KÄSER, die die geforderte Wahlfreiheit des zuständigen IV-Mitarbeiters beim Sozialleistungsbetrug mit dem gewissen Entscheidungsspielraum und der Ermächtigung, einen eigenständigen Entscheid bezüglich Rentenverfügung zu treffen,

---

<sup>453</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 132.

<sup>454</sup> BGer, Urteil v. 23.12.2011, 6B\_173/2011, E. 1.5.1.

<sup>455</sup> BGE 78 IV 84, E. 2.

<sup>456</sup> Vgl. – auf das Argument des Bundesgerichts einlassend – WALDER, Prozessbetrug, S. 108 f.

<sup>457</sup> VÖLGER, S. 141.

<sup>458</sup> HEITZ, S. 136.

<sup>459</sup> HUMBEL, S. 80.



begründet.<sup>460</sup> Angesprochen ist hier jeweils eine mögliche Einschränkung der Verfügungsfreiheit durch rechtliche Schranken.

Sieht man von den hier – weil prozessbetrugs-atypisch – nicht weiter interessierenden Ausnahmesituationen ab, in denen das Gericht unter dem Einfluss von Gewalt oder Drohung steht, ist die Verfügungsfreiheit des Gerichts stets insofern eingeschränkt, als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns – mithin gerichtlicher Tätigkeit – das Recht ist (Art. 5 Abs. 1 BV). Diesbezüglich im Vordergrund stehen das formelle und materielle Zivilrecht. Innerhalb dieser – insbesondere im Geltungsbereich des Dispositions- und Verhandlungsgrundsatzes auch von den Prozesshandlungen der Parteien abhängigen<sup>461</sup> – Schranken handelt das Gericht jedoch grundsätzlich frei.<sup>462</sup> Es ist unabhängig und weder an die Beweiswürdigung noch die Rechtsauffassungen der Parteien gebunden.<sup>463</sup> Grundsätzlich erscheint die Verfügungsfreiheit des Gerichts damit durch die rechtlichen Schranken nicht in einer Weise eingeschränkt, als dass nicht mehr von einer in diesem Zusammenhang ausreichenden Verfügungsfreiheit ausgegangen werden müsste.

Eine Ausnahme muss für solche gerichtliche Tätigkeit gelten, die allein der Durchführung des Verfahrens dient, wie insbesondere die Entgegennahme von Parteierklärungen oder Zustellungen.<sup>464</sup> Auch diesen Tätigkeiten liegt zwar letztlich eine Entscheidung zugrunde,<sup>465</sup> ein Entscheidungsspielraum ist aber praktisch nicht auszumachen,<sup>466</sup> höchstens vielleicht noch im Rahmen querulatorischer oder rechtsmissbräuchlicher Eingaben, die vom Gericht ohne Weiteres zurückgeschickt werden dürfen (Art. 132 Abs. 3 ZPO) und damit wirkungslos bleiben. Das bleibt aufgrund der hohen Anforderungen für

<sup>460</sup> KÄSER, N 243.

<sup>461</sup> Siehe vorn N 107.

<sup>462</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 237.

<sup>463</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 3 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.49; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 43.

<sup>464</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 242; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 12 ff.; WILLISEGGER, S. 198 f.

<sup>465</sup> Vgl. GOLDSCHMIDT, S. 495 f.; KLEIN, S. 26 Fn. 28; WILLISEGGER, S. 190.

<sup>466</sup> Vgl. aber auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.6: «Das Gericht hat bei vielen Schritten der Prozessleitung einen Spielraum, den es im Sinne einer möglichst sinnvollen, einfachen und raschen Durchführung des Prozesses auszuschöpfen gilt.»

eine solche Vorgehensweise aber die absolute Ausnahme.<sup>467</sup> Regelmässig muss das Gericht Parteierklärungen entgegennehmen und der Gegenpartei zustellen. Hier fehlt es mithin an einer ausreichenden Verfügungsfreiheit.

### **C. Kausal- und Motivationszusammenhang**

- <sup>193</sup> Zwischen dem Irrtum des Getäuschten und dessen vermögensminderndem Verhalten muss – wie schon zwischen dem tatbestandsmässigen Verhalten des Täters und dem Irrtum des Getäuschten<sup>468</sup> – nicht nur ein Kausal-, sondern auch ein Motivationszusammenhang bestehen.<sup>469</sup>
- <sup>194</sup> Beim Prozessbetrug sind als arglistige Tathandlungen einzig die bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung und die im Rahmen des Gegenbeweises ausnahmsweise bewiesene Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen in Betracht zu ziehen.<sup>470</sup> Weil zwischen dem Irrtum des Gerichts und dessen vermögensminderndem Verhalten ein Motivationszusammenhang zu fordern ist, fällt nun aber letztere Verhaltensweise für den Prozessbetrug ausser Betracht: Bei der im Rahmen des Gegenbeweises bewiesenen Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen fehlt es an einem Motivationszusammenhang zwischen dem Irrtum des Gerichts und dessen gegebenenfalls vermögensminderndem Verhalten. Der Grund, weshalb das Gericht in einem solchen Fall gegen den Tatsachen Behauptenden entscheidet, liegt nicht im Umstand, dass die Bestreitung bewiesen worden ist, sondern in der Beweislosigkeit der Tatsachenbehauptung, also im Umstand, dass die Tatsachenbehauptung nicht bewiesen worden ist.<sup>471</sup>

---

<sup>467</sup> Vgl. FREI, BK ZPO I, Art. 132 N 29 ff.; GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 132 N 30 ff.; KRAMER/KUBAT ERK, DK ZPO, Art. 132 N 11 ff.; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 132 N 6; R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 130–132 N 19.

<sup>468</sup> Siehe vorn N 149.

<sup>469</sup> Vgl. etwa BGE 128 IV 255, E. 2e/aa; CORBOZ, Infractious I, Art. 146 N 31, N 38; DONATSCH, Strafrecht III, S. 235; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 39; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 15; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 29.

<sup>470</sup> Siehe vorn N 161.

<sup>471</sup> Siehe vorn N 151.

## D. Zwischenfazit

Das Gericht ist zwar befugt, im Hinblick auf die ordnungsgemässe Erledigung des Prozesses tätig zu werden.<sup>472</sup> Diese Befugnis vermag aber kein besonderes Nähe- oder Beziehungsverhältnis zu begründen, so dass das gerichtliche Verhalten einer Partei zugerechnet werden könnte und müsste.<sup>473</sup> Gegebenenfalls schädigendes Verhalten des Gerichts kann mangels Verfügungsmacht mithin nicht betrugsrelevant sein.<sup>474</sup>

Bejaht man mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung die Verfügungsmacht, allein weil das Gericht befugt ist, im Hinblick auf die ordnungsgemässe Erledigung des Prozesses tätig zu werden, sind als Verhalten des irrenden Gerichts, wodurch es eine Partei am Vermögen schädigt, zunächst alle Prozesshandlungen des Gerichts in Betracht zu ziehen, ob Realakte, prozessleitende Verfügungen oder Entscheide,<sup>475</sup> unter Ausschluss lediglich der Durchführung des Verfahrens dienender Tätigkeiten, wie die Entgegennahme von Parteierklärungen oder Zustellungen,<sup>476</sup> weil das Gericht – abgesehen von Fällen, in denen es unter dem Einfluss von Gewalt oder Drohung steht – grundsätzlich frei handelt.<sup>477</sup>

Weil zwischen dem Irrtum des Gerichts und dessen vermögensminderndem Verhalten ein Motivationszusammenhang bestehen muss, fällt jedenfalls die im Rahmen des Gegenbeweises ausnahmsweise bewiesene Bestreitung zutreffender Tatsachenbehauptungen als Tathandlung ausser Betracht.<sup>478</sup> Als arglistige Tathandlung beim Prozessbetrug bleibt allenfalls allein die bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung zurück.

<sup>472</sup> Siehe vorn N 165.

<sup>473</sup> Siehe vorn N 183.

<sup>474</sup> Siehe vorn N 185.

<sup>475</sup> Vgl. im Ergebnis PIECH, S. 99: «Neben dem Erlaß eines Sach- oder Prozeßurteils kann die gerichtliche Verfügung auch in dem Erlaß einer anderen Entscheidung oder in sonstigem positiven Tun oder Unterlassen des Gerichts bestehen.»

<sup>476</sup> Siehe vorn N 192.

<sup>477</sup> Siehe vorn N 191.

<sup>478</sup> Siehe vorn N 194.

## 5. Vermögensschaden

- <sup>198</sup> Zur Vollendung des Betrugs bedarf es schliesslich des Eintritts eines Vermögensschadens.<sup>479</sup> Ein solcher liegt vor «(...) bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (...)»<sup>480</sup> Entscheidend ist, dass der *Gesamtwert* des betrachteten Vermögens nach dem in Frage stehenden Verhalten des Irrenden geringer ist als davor.<sup>481</sup>
- <sup>199</sup> Dabei ist die Bewertung einerseits unmittelbar vor und andererseits unmittelbar nach dem jeweils in Frage stehenden Verhalten des Irrenden massgebend.<sup>482</sup> Das ergibt sich daraus, dass der Vermögensschaden *unmittelbare* Folge des Verhaltens des Irrenden sein muss.<sup>483</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet Unmittelbarkeit, «(...) dass das irrtumsbedingte Verhalten des Getäuschten zu der Vermögensminderung führt, ohne

---

<sup>479</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 239; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1206; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 20.

<sup>480</sup> BGE 129 IV 124, E. 3.1 m.w.H.; vgl. vorab SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 93; SCHUBARTH, Vermögensgefährdung, S. 75 f., S. 79; DONATSCH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 216 f.; vgl. auch ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 154; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 33, N 37; DONATSCH, Strafrecht III, S. 239 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1199, N 1201; POPP, S. 121 f.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 56; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 14; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 23.

<sup>481</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 144; NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 201 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1199; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 83; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 49; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 10 f.; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 23.

<sup>482</sup> Vgl. NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 201 f.; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 83; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 11; abw. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 146: «Der wirtschaftliche Vermögensbegriff setzt eine Bestimmung des Vermögens vor der Täuschung voraus.»

<sup>483</sup> Vgl. BGE 126 IV 113, E. 3a; BGE 128 IV 255, E. 2e/aa; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 129, N 156; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 29, N 32; DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1192, N 1194, N 1199; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 33; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 8; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 16 f.

dass dafür noch zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters erforderlich sind (...). Die Verfügung selbst muss aber nicht zwingend in einem einzigen Akt bestehen. Vielmehr ist – namentlich in arbeitsteiligen Organisationsformen wie Unternehmen, Behörden usw. – auch möglich, dass verschiedene Personen stufenweise Einzelhandlungen vornehmen, von denen erst die letzte die Vermögensverminderung herbeiführt (...). Wann vermittelnde Zwischenhandlungen des Getäuschten oder dritter Personen den erforderlichen Zusammenhang abbrechen lassen, lässt sich abstrakt nicht beantworten (...).»<sup>484</sup> In der Literatur wird das Merkmal denn auch weitgehend an Beispielen konkretisiert,<sup>485</sup> wobei die Meinungen im Einzelfall miteinander auseinandergehen.<sup>486</sup>

Der Vermögensschaden beim Prozessbetrug ist in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung bisher nicht eingehend behandelt worden. Das Bundesgericht sieht in der materiell unrichtigen *Urteilsfällung* das Ereignis, das den für einen Prozessbetrug erforderlichen Vermögensschaden herbeiführen kann.<sup>487</sup> DONATSCH sieht einen möglichen Vermögensschaden erst, aber immerhin bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Rechtsmittelfrist gegen das eine Partei schädigende *Urteil* unbenutzt verstreicht.<sup>488</sup> Ähnlich HURTADO POZO, wonach bereits «*un jugement*» eine indirekte Wirkung habe, die das Vermögen schmälern könne, selbst wenn der betreffende Entscheid noch vollstreckt werden müsse<sup>489</sup> – wobei unklar bleibt, ob bereits der Zeitpunkt der Fällung des Entscheids gemeint ist. Zu letzterem tendiert D. RÜETSCHI, nach welchem die gerichtliche Anordnung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines vermögenswerten Rechts unmittelbar vermögensmindernde Wirkung zeige, weil es keiner weiteren strafbaren Handlung gegen das Vermögen

<sup>484</sup> BGE 126 IV 113, E. 3a m.w.H.

<sup>485</sup> Vgl. etwa ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 156; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 29; DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 f.; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1192 ff.; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 64; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 33.

<sup>486</sup> So bejaht etwa DONATSCH, Strafrecht III, S. 236 f., die Unmittelbarkeit, «(...) wenn jemand unter dem Einfluss der Irreführung seiner Bank den Auftrag gibt, zulasten seines Kontos eine Überweisung an den Täter vorzunehmen (...)». Demgegenüber wollen STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 33, in diesem Beispiel die Verfügung nicht schon im Zahlungsauftrag sehen, sondern erst in dessen Vollzug. Vgl. auch BGer, Urteil v. 27.4.2000, 6S.245/1999, E. 1c/aa.

<sup>487</sup> BGE 122 IV 197, E. 2c.

<sup>488</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 237.

<sup>489</sup> HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1198.

mehr bedürfe.<sup>490</sup> Vielmehr führe die gerichtliche Anordnung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel,<sup>491</sup> weshalb bereits mit der *Ausfertigung des Urteils* eine schädigende Vermögensgefährdung vorliege.<sup>492</sup>

- 201 Zur Beantwortung der mit dem Begriff des Vermögens aufgeworfenen Frage, was überhaupt Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sein kann, sind verschiedene Vermögensbegriffe entwickelt worden.<sup>493</sup> Herrschende Lehre und Rechtsprechung folgen dem sog. *juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff*, wonach sich das Vermögen aus der Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte zusammensetzt.<sup>494</sup> Dieser Vermögensbegriff soll auch der folgenden Untersuchung zugrunde gelegt werden.

## A. Rechtlicher Schutz

- 202 Welche Positionen dem Vermögen prinzipiell zugerechnet werden können, hängt nach dem juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff – auch wenn im Einzelnen Meinungsverschiedenheiten bestehen – vom zivilrechtlichen Schutz ab.<sup>495</sup> Im vorliegenden Zusammenhang fragt sich, ob darunter nur materiell-rechtlicher oder auch prozessualer Schutz zu verstehen ist.
- 203 «Die Rechtsstellung des Einzelnen wird durch die Rechtsordnung als Sollensordnung, d.h. das materielle Zivilrecht, und nicht erst durch das Zivilprozessrecht gültig bestimmt.»<sup>496</sup> Mit anderen Worten, «(...) [d]ie Rechtsver-

---

<sup>490</sup> D. RÜETSCHI, S. 237.

<sup>491</sup> D. RÜETSCHI, S. 237.

<sup>492</sup> D. RÜETSCHI, S. 238.

<sup>493</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 41 ff.

<sup>494</sup> BGE 117 IV 139, E. 3d/aa; BGE 122 IV 179, E. 3d; BGE 126 IV 165, E. 3b; BGer, Urteil v. 18.1.2010, 6B\_236/2009, E. 2.3; BGer, Urteil v. 10.4.2012, 6B\_199/2011, 6B\_215/2011, E. 5.3.5.1; BGer, Urteil v. 17.8.2012, 6B\_824/2011, E. 4.2; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 34; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 239 («*wirtschaftlich-juristischer Vermögensbegriff*»); HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1199; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 47; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 13; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 21; vgl. auch ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 33.

<sup>495</sup> BGE 117 IV 139, E. 3d/aa; BGE 126 IV 165, E. 3b; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 34; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 239; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 47 f.; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 21 f.; vgl. HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1200.

<sup>496</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 34 m.H.a. GULDENER, *Zivilprozessrecht*, S. 54 ff.

hältnisse und die ihnen entspringenden subjektiven Rechte und Rechtspflichten, welche das Privatrecht entstehen läßt, haben schon vorprozessual Bestand»<sup>497</sup>. Genauso, wie sie auch nachprozessual Bestand haben: «Die materielle Rechtskraft bewirkt nicht, dass ein zu Unrecht abgewiesener Anspruch materiell untergegangen oder ein zu Unrecht geschützter Anspruch entstanden ist. Die materielle Rechtslage wird nicht neu gestaltet, sondern die Wirkung ist rein prozessual, indem nicht der gleiche Streitgegenstand ein zweites Mal Gegenstand eines Prozesses sein kann.»<sup>498</sup>

Gerade der materiell unbegründete, zivilprozessual aber geschützte «Anspruch» vermag beim Verpflichteten keinen Vermögensschaden zu begründen, berücksichtigt man als Vermögensbestandteile nur materiell-rechtlich geschützte Positionen; sowohl vor als auch nach dem gerichtlichen Entscheid ist er inexistent. Demgegenüber lässt die Berücksichtigung auch allein des zivilprozessualen Schutzes zu, im materiell unbegründeten, zivilprozessual aber geschützten Anspruch einen Vermögensbestandteil zu erkennen; vor dem gerichtlichen Entscheid ist die Position im Vermögen nicht vorhanden, danach schon. Richtig erscheint der zweite Ansatz, wonach bei der Erfassung der Vermögensbestandteile nicht nur auf den materiell-rechtlichen Schutz abgestellt werden darf, sondern auch der prozessuale Schutz berücksichtigt werden muss, denn prozessual geschützte Ansprüche sind – selbst wenn sie materiell unbegründet sind – mit staatlichem Zwang durchsetzbar.<sup>499</sup>

<sup>497</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 59; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 34; WIL-  
LISEGGER, S. 18, S. 58.

<sup>498</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.42; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 54 Fn. 16; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 196 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 23; vgl. auch D. RÜETSCHI, S. 238. Eine Ausnahme muss immerhin für – von Feststellungs- und Leistungsentscheiden abzugrenzende – gutheissende Gestaltungsentscheide gelten. Mit der Gestaltungsklage verlangt die klagende Partei die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses (Art. 87 ZPO). Hier ist es also gerade so, dass der Entscheid selbst die materielle Rechtslage begründet und entsprechend allfällige Positionen des Vermögens begründen, ändern oder aufheben kann, vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 211 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 6.17; SOGO, S. 7 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 6. Kap. N 35 f.

<sup>499</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 30, S. 46; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.1 f., N 13.1 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 1, N 26 f., 13. Kap. N 1 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 1 ff., § 28 N 1 ff.; vgl. auch PIECH, S. 94; D. RÜETSCHI, S. 238.

## B. Wirtschaftlicher Wert und Schaden

- 205 Eigentliche Frage des Vermögensschadens ist sodann die Frage nach dem wirtschaftlichen Wert von Vermögensbestandteilen.<sup>500</sup> Ausgehend davon, dass das geschützte Rechtsgut des Betrugs das Vermögen ist und nicht die Dispositionsfreiheit,<sup>501</sup> «(...) ist Vermögen und Schaden nach h.M. prinzipiell *objektiv-wirtschaftlich* zu bestimmen, d.h. als Geldwert, über den der Markt entscheidet»<sup>502</sup>. Der wirtschaftliche Wert von Vermögensbestandteilen entspricht also grundsätzlich dem Geldwert, der ihnen auf dem Markt zukommt (Marktwert).<sup>503</sup>
- 206 Ausgangspunkt zur Bestimmung des Geldwerts, der einem Vermögensbestandteil auf dem Markt zukommt, ist der materiell-rechtliche Nennwert<sup>504</sup> der daraus fließenden Ansprüche. Es handelt sich um den Wert in Geld, den Marktteilnehmer unter Ausblendung der Einbringlichkeit bereit sind, für diese Ansprüche zu leisten. Damit ist er gleichzeitig der maximale wirtschaftliche Wert des betreffenden Vermögensbestandteils. Der materiell-rechtliche Nennwert ist insofern zu korrigieren, als der Wert eines jeden Anspruchs wirtschaftlich gesehen (auch) von dessen Einbringlichkeit abhängt,<sup>505</sup> und zwar vom Moment seiner Entstehung an.<sup>506</sup> Ein nicht einbringlicher Anspruch ist wirtschaftlich wertlos.<sup>507</sup> Der Anspruch ist umso mehr entwertet, je zweifelhafter seine Einbringlichkeit ist.<sup>508</sup> Anders gewendet, auch in der Gefahr der Uneinbringlichkeit, der blossen Vermögensgefährdung, kann ein Schaden liegen.<sup>509</sup> In einer Vermögensgefährdung liegt der Vermögensschaden typischerweise bei der Veruntreuung von Vermögenswerten i.S.v.

---

<sup>500</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 47; vgl. NIGGLI, Schaden, N 258; NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Vor Art. 137 N 62 f.

<sup>501</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 14 ff., N 24 ff.

<sup>502</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 144 (Fettdruck unterdrückt).

<sup>503</sup> HUMBEL, S. 45; vgl. SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 86.

<sup>504</sup> Vgl. ARZT, S. 470; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 201 («Nominalwert»); WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210 («nomineller Wert»).

<sup>505</sup> ARZT, S. 470; vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 201, verkürzt auf die *Beweisbarkeit*; vgl. auch ISLER/SCHILTER-HEUBERGER, S. 884, S. 893 («Werthaltigkeit»); POPP, S. 116 («Wertkorrektur»), S. 122 («Wertberichtigungen»).

<sup>506</sup> Vgl. OTTO, S. 724.

<sup>507</sup> Vgl. GESSLER, S. 23; WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210.

<sup>508</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 155.

<sup>509</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 154; SCHUBARTH, Vermögensgefährdung, S. 71; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 56.



Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB: «(...) [W]enn die Tathandlung die Verwirklichung des obligatorischen Anspruchs des Treugebers gefährdet, kann eine Veruntreuung vorliegen. Geschieht dies aber, ist dieser auch an seinem Vermögen geschädigt, denn seine Forderung gegenüber dem Täter ist in ihrem Wert gemindert.»<sup>510</sup>

Die Einbringlichkeit beurteilt sich an zwei Faktoren, die somit auch den wirtschaftlichen Wert von Ansprüchen beeinflussen: Ob der Schuldner erfüllungswillig bzw. – für den Fall, dass er es nicht ist – der Anspruch durchsetzbar ist, und ob er erfüllungsfähig ist.<sup>511</sup> Weil bei der Durchsetzung Selbsthilfe nur sehr eingeschränkt zulässig ist,<sup>512</sup> muss sich der wirtschaftliche Wert von Vermögensbestandteilen also massgeblich danach bestimmen, ob der Staat (Zwangs-)Vollstreckung gewährt oder verweigert.<sup>513</sup> 207

Darüber besteht grundsätzlich dann Gewissheit, wenn das Gericht im Zivilprozess einen Endentscheid in der Sache erlässt, denn einerseits kann dieser Grundlage einer (Zwangs-)Vollstreckung bilden<sup>514</sup> und andererseits in materielle Rechtskraft erwachsen,<sup>515</sup> womit jedes künftige Gericht an den Entscheid gebunden und jede neue Verhandlung und Entscheidung in der Sache ausgeschlossen ist.<sup>516</sup> Als Verhalten des irrenden Gerichts, wodurch es eine Partei am Vermögen schädigen könnte, ist deshalb der Erlass solcher Entscheide in Betracht zu ziehen. Aber auch andere Prozesshandlungen des Gerichts werden im Folgenden auf ihre Wirkung bezüglich des wirtschaftlichen Werts des Vermögens einer Partei zu betrachten sein.<sup>517</sup> 208

<sup>510</sup> NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Art. 138 N 110.

<sup>511</sup> Vgl. ARZT, S. 470; WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210; vgl. auch OTTO, S. 724 f.

<sup>512</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 1; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 3.

<sup>513</sup> Vgl. GESSLER, S. 23.

<sup>514</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 361; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 13. Kap. N 14; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 N 5.

<sup>515</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.141; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 202; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 9.

<sup>516</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 197; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.49; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 8.

<sup>517</sup> In Anlehnung an Aufbau und Gliederung bei PIECH, S. 94 ff.

**a) Endentscheide in der Sache**

- 209 Endentscheide in der Sache zeichnen sich dadurch aus, dass sie abschliessend über den eingeklagten Anspruch entscheiden.<sup>518</sup> Teilentscheide, die nur über einen Teil des Streitgegenstands entscheiden, teilen diese Eigenschaft in Bezug auf den betreffenden Teil des Streitgegenstands, weshalb auch sie als Endentscheide gelten.<sup>519</sup>
- 210 Als Endentscheide in der Sache lassen sich Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsentscheide unterscheiden:

**aa) Leistungsentscheide**

- 211 Der Leistungsentscheid verurteilt die beklagte Partei zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO). Wird der im Leistungsentscheid enthaltene Leistungsbefehl nicht freiwillig erfüllt, kann er auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden.<sup>520</sup>
- 212 Unter Umständen ordnet das Gericht bereits im Leistungsentscheid konkrete Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO), womit der Entscheid direkt vollstreckt werden kann (Art. 337 Abs. 1 ZPO). Ansonsten kann beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch eingereicht werden (Art. 338 Abs. 1 ZPO) oder – sofern der Entscheid auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung lautet – nach den Bestimmungen des SchKG um Vollstreckung ersucht werden (Art. 335 Abs. 2 ZPO). Für beide Verfahren bildet der Leistungsentscheid als Vollstreckungstitel (vgl. Art. 335 Abs. 1 ZPO) bzw. als definitiver Rechtsöffnungstitel (vgl. Art. 80 Abs. 1 SchKG) die Grundlage.<sup>521</sup>
- 213 In jedem Fall setzt die Vollstreckung nur, aber immerhin voraus, dass der Leistungsentscheid vollstreckbar ist (vgl. Art. 336 Abs. 1 ZPO; Art. 80 Abs. 1 SchKG).<sup>522</sup> Das heisst, mit der Vollstreckbarkeit entsteht die konkrete

---

<sup>518</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.141; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 12. Kap. N 3; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 3.

<sup>519</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.142; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 3.

<sup>520</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.1; vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1503.

<sup>521</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 238.

<sup>522</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.4 ff.; vgl. auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 13. Kap. N 27 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 N 6 ff., insb. N 6d; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1516 ff.

Möglichkeit, die betreffende Leistung von der beklagten Partei zu erzwingen.

Wenn DONATSCH den Eintritt des Vermögensschadens beim Prozessbetrug vom unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist abhängig macht,<sup>523</sup> könnte er damit meinen, dass diese konkrete Möglichkeit der Vollstreckung – soweit es um die Erbringung einer geldwerten Leistung geht – eine Gefährdung des Vermögens in dem Masse darstellt, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.<sup>524</sup> Die Aussage muss allerdings nicht zwingend so zu deuten sein, weil die Vollstreckbarkeit nicht immer vom unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist abhängig ist.

Der Leistungsentscheid wird grundsätzlich mit Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckbar (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO).<sup>525</sup> Die formelle Rechtskraft tritt ein, wenn der Entscheid nicht oder nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel – die Berufung (Art. 308 ff. ZPO) – angefochten werden kann.<sup>526</sup> Dementsprechend erwächst der berufungsfähige Leistungsentscheid mit unbenutztem Ablauf der 10-tägigen Frist auf Verlangen einer schriftlichen Begründung (Art. 239 Abs. 2 ZPO) bzw. unbenutztem Ablauf der 30-tägigen Frist auf Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) in formelle Rechtskraft<sup>527</sup> und wird damit grundsätzlich vollstreckbar (Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO) – es sei denn, die Rechtsmittelinstanz des ausserordentlichen Rechtsmittels der Revision schiebe die Vollstreckung auf (Art. 331 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber wird der nicht berufungsfähige Leistungsentscheid bereits im Zeitpunkt der Eröffnung formell rechtskräftig<sup>528</sup> und damit grundsätzlich vollstreckbar (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO) – es sei denn, die

<sup>523</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 237 (Hervorhebung hinzugefügt): «Es genügt ferner, wenn die Disposition *erst unter einer Bedingung wirksam* wird, so wenn im Falle des Prozessbetrugs die Rechtsmittelfrist gegen das eine Partei schädigende Urteil unbenutzt gelassen wird.»

<sup>524</sup> Vgl. PIECH, S. 95, S. 104.

<sup>525</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.4; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 189; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 N 6a.

<sup>526</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.43; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 185; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 2.

<sup>527</sup> A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 7; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.46; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 186; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 513.

<sup>528</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 185; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 7 u.a. m.H.a. BGer, Pra 1996, S. 810 ff., S. 812; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 514; vgl. aber LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.46: Tag der Fällung des Entscheids.

Rechtsmittelinstanz des ausserordentlichen Rechtsmittels der Beschwerde oder der Revision schiebe die Vollstreckbarkeit auf (Art. 325 Abs. 2, Art. 331 Abs. 2 ZPO). Hier hat die Rechtsmittelfrist (des ausserordentlichen Rechtsmittels) also keinen Einfluss auf die Vollstreckbarkeit.

- <sup>216</sup> Im Fall einer Berufung, die die formelle Rechtskraft hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), kann es umgekehrt vorkommen, dass die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckung bewilligt (Art. 315 Abs. 2, Art. 336 Abs. 1 lit. b ZPO).
- <sup>217</sup> Tatsächlich dürfte es für den Eintritt eines Vermögensschadens beim Prozessbetrug nicht darauf ankommen, ob die Rechtsmittelfrist gegen den Leistungsentscheid unbenutzt abgelaufen ist, sondern vielmehr darauf, ob dieser vollstreckbar ist und damit die konkrete Möglichkeit der Vollstreckung besteht. So PIECH, die zum Schluss kommt, dass allein die in *vollstreckbaren* Leistungsentscheiden enthaltene sofortige Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Verurteilten wirtschaftlich dessen Wertminderung bedeute.<sup>529</sup>
- <sup>218</sup> Man kann sich nun fragen, ob wirtschaftlich eine Wertverminderung nicht in jedem Fall bereits mit der Eröffnung des Leistungsentscheids eintritt.<sup>530</sup> D. RÜETSCHI argumentiert, dass «(...) bereits das noch nicht rechtskräftige Urteil (...) eine erhebliche Gefährdung des Vermögens mit sich [bringt], gegen die sich der Betroffene nur mit erheblichem Aufwand zur Wehr setzen kann (...)»<sup>531</sup>. Oder mit KRELL, der das Problem unter umgekehrten Vorzeichen mit seiner Frage auf den Punkt bringt: «Wer würde schon zwischen klageabweisendem Urteil und Eintritt der Rechtskraft die eingeklagte Forderung auch nur ansatzweise zum Nennwert kaufen?»<sup>532</sup>
- <sup>219</sup> ARZT führt allgemein in diesem Zusammenhang aus, dass «(...) der Wert einer Forderung nicht mit dem materiellrechtlichen Nennwert gleichzusetzen, sondern (...) [,] Bonität des Schuldners unterstellt, (...) als Vektor zwischen materiellem Recht und Beweislage zu bestimmen [ist], kurz, als Vergleichswert»<sup>533</sup>. Was ARZT – vermutlich eher im Hinblick auf die vorpro-

---

<sup>529</sup> PIECH, S. 104.

<sup>530</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 238.

<sup>531</sup> D. RÜETSCHI, S. 238 m.w.H.

<sup>532</sup> KRELL, S. 107 m.w.H.

<sup>533</sup> ARZT, S. 470 (Hervorhebungen unterdrückt); vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 154; WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210; zur Abhängigkeit des *Handelswerts einer Forde-*

zessuale Situation – hier als Beweislage bezeichnet, kann man wohl – im Hinblick auf einen hängigen Zivilprozess – mit der Prozesslage gleichstellen.

KRELL nimmt zur Erklärung bilanzrechtliche Argumente auf, deren Stichhaltigkeit er selbst offen lässt:<sup>534</sup> wenn bilanzrechtlich schon hinsichtlich bestrittener Forderungen wegen des Vorsichtsprinzips Zurückhaltung bei der Aktivierung angemahnt werde, könne man schwerlich in Zweifel ziehen, «(...) dass ein erstinstanzliches Urteil schon vor Rechtskraft einschneidende wirtschaftliche Auswirkungen auf [die] Bewertung der betroffenen Forderung hat»<sup>535</sup>. Gleichfalls gelte, dass für klagestattgebende Urteile bilanzrechtlich eine Rückstellung gebildet und passiviert werden müsste.<sup>536</sup> Somit könnte gestützt auf die bilanziellen Auswirkungen bereits mit der Eröffnung des Leistungsentscheids wirtschaftlich eine Wertverminderung eintreten.<sup>537</sup> 220

Streng bilanzrechtlich – zumindest aus der Sicht des schweizerischen Bilanzrechts – krankt die Argumentation an einer Inkonsequenz. Bilanzrechtlich müsste die beklagte Partei, gegen die in einem Zivilprozess Ansprüche geltend gemacht werden, nicht erst anlässlich der Eröffnung des Leistungsentscheids, sondern spätestens anlässlich der Kenntnisnahme der Anhängigmachung der Klage (vgl. Art. 202 Abs. 2 ZPO; Art. 222 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO) die Bildung einer Rückstellung sowohl bezüglich des Streitgegenstands als auch bezüglich der Prozesskosten in Betracht ziehen,<sup>538</sup> also 221

---

rung von der Durchsetzbarkeit – mit Blick auf die Bonität – vgl. HUNOLD, N 145, illustrativ N 154 Fn. 242.

<sup>534</sup> KRELL, S. 107 f.

<sup>535</sup> KRELL, S. 107.

<sup>536</sup> KRELL, S. 107.

<sup>537</sup> KRELL, S. 107.

<sup>538</sup> Vgl. GESSLER, S. 23 (Hervorhebung hinzugefügt): «Wird ein Unternehmen *eingeklagt*, so hat es Rückstellungen zu bilden, wenn wahrscheinlich ist, dass daraus Verpflichtungen entstehen»; HWP, S. 215 (Hervorhebungen hinzugefügt): «Die nachfolgende Liste ist als eine Gedankenstütze für mögliche Ursachen von Rückstellungen zu verstehen: (...) *hängige* Prozesse oder *angedrohte* Klagen (...)»; PÖSCHEL, S. 138 (Hervorhebung hinzugefügt): «Es ist typisch für einen *pendenten* Rechtsstreit, dass es noch nicht (völlig) klar ist, ob ein Unternehmen eine gegenwärtige Verpflichtung hat. Eine Rückstellung ist dann zu bilden, wenn unter Berücksichtigung aller substanziellen Hinweise mehr für das Bestehen einer Verpflichtung als dagegen spricht»; differenzierend THIELE, Diss., S. 222 ff.; THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten, S. 279 f.; a.M. ZÖBELI, S. 131: «Die beste Lösung wäre wahrscheinlich eine minimale: Die beklagte Unternehmung müsste alle hängigen Prozesse und die möglichen (gesetzlichen) Konsequenzen

noch vor einem Verhalten des Gerichts, das als Vermögensverfügung bezeichnet werden könnte. Weil das letztlich realisierte Risiko die aus Sicht sorgfältiger Bilanzierung zu bildende Rückstellung für das Prozessrisiko – wie es sich aufgrund der Klageschrift und der offerierten Beweise darstellt<sup>539</sup> – *in dubio pro reo* kaum je übersteigen dürfte, wäre die vermögensmindernde Wirkung von Prozesshandlungen des Gerichts, insbesondere der Eröffnung des Leistungsentscheids kaum je zu bejahen. Demgegenüber dürfte die klagende Partei aus Sicht sorgfältiger Bilanzierung die in einem Zivilprozess geltend gemachten Ansprüche regelmässig gar nicht erst aktivieren,<sup>540</sup> weil ihre Durchsetzbarkeit in dieser Konstellation nur in den wenigsten Fällen «so gut wie sicher»<sup>541</sup> ist. Entsprechend könnte gerichtliches Verhalten im Rahmen der Beurteilung der betreffenden Ansprüche grundsätzlich keine unmittelbar vermögensmindernde Wirkung haben.<sup>542</sup> Die unbesehene Übernahme des hiermit umgesetzten Realisationsprinzips des Bilanzrechts hiesse schliesslich auch, die Möglichkeit eines Schadens bei Vertragsschluss abzulehnen,<sup>543</sup> wobei aber diese nicht überzeugende Konsequenz mit der ganz herrschenden Meinung nicht vereinbar ist. Auch die bilanzrechtsakzessorische Schadensbestimmung als solches kann deshalb nicht überzeugen.

- 222 Die Frage von KRELL, wer schon zwischen klageabweisendem Urteil und Eintritt der Rechtskraft die eingeklagte Forderung auch nur ansatzweise zum Nennwert kaufen würde,<sup>544</sup> scheint aber auch weniger nach bilanzrechtlichen Überlegungen zu rufen, als nach Überlegungen zu den Faktoren, die den

---

als Eventualverpflichtung offenlegen, ohne dabei das eigene Prozessrisiko zu bewerten. Demnach müsste eine Prozessrückstellung bzw. eine Verbindlichkeit erst dann gebildet werden, wenn ein definitives Urteil gesprochen ist oder ein gerichtlicher Vergleich vorliegt bzw. unmittelbar bevorsteht.»

<sup>539</sup> Vgl. THIELE, Diss., S. 223; vgl. auch THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten, S. 279.

<sup>540</sup> Vgl. KRELL, S. 107.

<sup>541</sup> Vgl. IAS 37.33, IAS 37.35 («virtually certain»); vgl. auch HANDSCHIN, N 599 Fn. 50; THIELE, Diss., S. 221; vgl. ferner THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten, S. 279.

<sup>542</sup> Eine Ausnahme wäre einzig im Rahmen der Prozesskosten denkbar, für welche aber bilanzrechtlich bereits vor bzw. anlässlich der Anhängigmachung des Zivilprozesses eine Rückstellung zu bilden ist (THIELE, Diss., S. 223 ff.; vgl. THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten, S. 278 f.). Nur wenn diese das letztlich realisierte Risiko nicht deckte, wäre eine unmittelbar vermögensmindernde Wirkung des Kostenentscheids denkbar.

<sup>543</sup> Vgl. – für das deutsche Recht – WAHL, S. 86.

<sup>544</sup> KRELL, S. 107.

Geldwert einer Leistung auf dem Markt bestimmen.<sup>545</sup> Praktisch wird, wenn über eine geldwerte Leistung in einem Zivilprozess verhandelt wird, jede Änderung der Prozesslage den wirtschaftlichen Wert derselben beeinflussen,<sup>546</sup> und nicht nur die Vollstreckbarkeit eines Leistungsentscheids. Der denkbare Einwand, dass bei einem erstinstanzlichen Prozess, gegen dessen abschliessenden Leistungsentscheid das ordentliche Rechtsmittel der Berufung offensteht, die Rechtsmittelinstanz grundsätzlich ohne jede Bindung an den erstinstanzlichen Entscheid mit voller Kognition entscheidet (vgl. Art. 310 ZPO),<sup>547</sup> sich die Prozesslage mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids mithin im Prinzip weder verschlechtert noch verbessert, bleibt höchstens ein theoretischer.<sup>548</sup> Im Ergebnis ist deshalb der Ansicht D. RÜETSCHIS zuzustimmen, dass – soweit es um die Erbringung einer auf dem Markt geldwerten Leistung geht – bereits die Eröffnung des Leistungsentscheids für das Vermögen des Beklagten wirtschaftlich eine Wertverminderung zur Folge hat, unabhängig davon, ob der Leistungsentscheid auch rechtskräftig und/oder vollstreckbar ist oder nicht.<sup>549</sup> Eingetretene Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit wird die wertvermindernde Wirkung des Leistungsentscheids dann nochmals verstärken.

<sup>545</sup> Zum *Handelswert einer Forderung* – mit Blick auf den Faktor Bonität – vgl. HUNOLD, N 145, illustrativ N 154 Fn. 242; vgl. auch WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210.

<sup>546</sup> Vgl. EISENBERG, S. 24; LACKNER, LK<sup>10</sup> StGB/D VI, § 263 N 315; PIECH, S. 103; vgl. auch THIELE, Diss., S. 252 f., wonach auch nach bilanzrechtlichen Gesichtspunkten der Entwicklung des Zivilprozesses laufend Rechnung zu tragen ist; THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten, S. 282.

<sup>547</sup> Vgl. auch A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 N 5; vgl. ferner LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 12.3; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 12. Kap. N 60; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1356 ff.

<sup>548</sup> Die Notwendigkeit, die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO), wird in der Botschaft ZPO, S. 7303, damit begründet, dass «(...) insbesondere die Prozessaussichten (...) sich nun [sprich: nachdem ein erstinstanzlicher Entscheid vorliegt] anders darstellen [können]». Vgl. BERTI, N 539; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.77; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 125; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 66; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 690; vgl. auch BGer, Urteil v. 26.4.2004, 4P.74/2004, E. 2.3; BGer, Urteil v. 7.4.2010, 5A\_145/2010, E. 3.3; BGer, Urteil v. 30.4.2010, 5A\_107/2010, E. 2.3; BGer, Urteil v. 30.5.2012, 5A\_265/2012, E. 2.3; BGer, Urteil v. 10.6.2013, 5A\_267/2013, E. 4.3; MEICHSSNER, S. 112 f.

<sup>549</sup> Vgl. EISENBERG, S. 24.

*bb) Feststellungsentscheide*

- 223 Der Feststellungsentscheid enthält die Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (vgl. Art. 88 ZPO).<sup>550</sup> Ein Feststellungsentscheid ist auch der Entscheid, der eine Leistungs- oder Gestaltungs-klage abweist, denn er stellt fest, «(...) daß der geltend gemachte Anspruch auf Leistung oder Rechtsänderung nicht besteht».<sup>551</sup>
- 224 Der Feststellungsentscheid ist für den wirtschaftlichen Wert von Vermögensbestandteilen relevant, weil er in materielle Rechtskraft erwachsen kann,<sup>552</sup> welche – wie bereits ausgeführt – darin besteht, dass jedes künftige Gericht an den Entscheid gebunden und jede neue Verhandlung und Entscheidung in der Sache ausgeschlossen ist.<sup>553</sup>
- 225 Eine vermögensmindernde Wirkung ist beispielsweise in der Abweisung einer Klage auf eine geldwerte Leistung zu sehen, weil der Kläger den geltend gemachten Anspruch nicht mehr mit staatlichem Zwang – und damit regelmässig überhaupt nicht mehr<sup>554</sup> – durchsetzen kann.<sup>555</sup> Mangels Durchsetzbarkeit ist der geltend gemachte Anspruch wertlos. Die gleiche Wirkung zeitigt die Gutheissung einer negativen Feststellungsklage über Rechte oder Rechtsverhältnisse, aus denen sich Rechte ableiten lassen, denen auf dem Markt Geldwert zukommt, für den Beklagten, und dies, ohne dass er seinen Anspruch zuvor gerichtlich geltend gemacht hätte.<sup>556</sup>
- 226 Auch die Gutheissung einer (positiven) Feststellungsklage ist aufgrund der materiellen Rechtskraft grundsätzlich geeignet, vermögensmindernd zu wirken, sofern den festgestellten Rechten oder Rechtsverhältnissen, aus denen sich Rechte ableiten lassen, auf dem Markt Geldwert zukommt.<sup>557</sup> Jedoch dürften die Fälle, in welchen Rechte oder Rechtsverhältnisse, aus denen sich Rechte ableiten lassen, denen auf dem Markt Geldwert zukommt, lediglich festgestellt werden, eher selten sein, weil die Feststellungsklage zu den übri-

---

<sup>550</sup> Vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 192, S. 208, S. 211; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 N 3; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 556, N 1551.

<sup>551</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 211; vgl. auch PIECH, S. 95.

<sup>552</sup> PIECH, S. 95.

<sup>553</sup> Siehe vorn N 208.

<sup>554</sup> Siehe vorn N 207.

<sup>555</sup> PIECH, S. 95.

<sup>556</sup> Vgl. PIECH, S. 96.

<sup>557</sup> Vgl. PIECH, S. 95 f.



gen Klagen grundsätzlich subsidiär ist.<sup>558</sup> Sie bleiben aber etwa dort denkbar, wo es um die Feststellung von Rechtsverhältnissen geht, aus denen sich künftig auf dem Markt geldwerte Leistungen ableiten lassen.<sup>559</sup>

Im Unterschied zum Leistungsentscheid wirkt der Feststellungsentscheid – 227 wie der Gestaltungsentscheid – unmittelbar mit Eintritt der Rechtskraft.<sup>560</sup> Vollstreckungsmassnahmen bedarf es keiner.<sup>561</sup> Jedoch müssen auch hier die beim Leistungsentscheid angestellten Überlegungen gelten,<sup>562</sup> wonach jede Änderung der Prozesslage den wirtschaftlichen Wert der betreffenden Vermögensbestandteile zu beeinflussen vermag, mithin bereits die Eröffnung des Entscheids geeignet ist, eine vermögensmindernde Wirkung zu entfalten.<sup>563</sup>

### cc) *Gestaltungsentscheide*

Der Gestaltungsentscheid bewirkt die Begründung, Änderung oder Aufhebung 228 eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses (Art. 87 ZPO).<sup>564</sup> Kommt dem betreffenden Recht oder den aus dem betreffenden Rechtsverhältnis ableitbaren Rechten auf dem Markt Geldwert zu, ist der Gestaltungsentscheid wie der Leistungs- und Feststellungsentscheid geeignet, vermögensmindernde Wirkung zu entfalten.

Der Gestaltungsentscheid ist für den wirtschaftlichen Wert von Vermögensbestandteilen relevant, weil er den Bestand von rechtlich geschützten Positionen 229 verändert, die wirtschaftlichen Wert haben können.<sup>565</sup> Als Beispiel kann etwa der gutheissende Endentscheid im Rahmen einer Anfechtung der

<sup>558</sup> Vgl. BGE 135 III 378, E. 2.2; BGer, Urteil v. 20.10.2015, 5A\_280/2015, E. 6.2.2; vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 210; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 6.18; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 6. Kap. N 16, N 23; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 25; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 561.

<sup>559</sup> Vgl. BGE 84 II 685, E. 2; BGer, Urteil v. 20.10.2015, 5A\_280/2015, E. 6.2.2; vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 209, S. 210; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 6.18; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 25 f.

<sup>560</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.1; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 361.

<sup>561</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.1; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 13. Kap. N 3; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 N 3; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1509, N 1551.

<sup>562</sup> Siehe vorn N 222.

<sup>563</sup> Vgl. a.M. PIECH, S. 106.

<sup>564</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 211 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 6.17.

<sup>565</sup> Vgl. PIECH, S. 97.

Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (Art. 256 ff. ZGB) oder der Vaterschaftsklage (Art. 261 ZGB) genannt werden.<sup>566</sup> Mit dem Entscheid entsteht oder fällt das Kindesverhältnis, das u.a. mit einer Unterhaltspflicht verbunden ist (Art. 276 ff. ZGB). In allfällig daran anschliessenden Unterhaltsprozessen wäre das Gericht wegen der materiellen Rechtskraft an den Entscheid gebunden.<sup>567</sup>

- 230 Auch der Gestaltungsentscheid wirkt unmittelbar mit Eintritt der Rechtskraft.<sup>568</sup> Doch auch bezüglich des Gestaltungsentscheids stellt bereits die Eröffnung des Entscheids eine Änderung der Prozesslage dar, die geeignet ist, eine vermögensmindernde Wirkung zu entfalten.<sup>569</sup>

### ***b) Zwischenentscheide in der Sache***

- 231 Im Gegensatz zum Endentscheid in der Sache entscheidet der Zwischenentscheid in der Sache über den eingeklagten Anspruch nicht abschliessend, sondern nur in Bezug auf einen einzelnen Streitpunkt in der Sache.<sup>570</sup> Aber als Sachentscheid kann auch der Zwischenentscheid in der Sache materielle Rechtskraft entfalten,<sup>571</sup> so dass der entschiedene Streitpunkt nicht nachträglich neu beurteilt werden kann (vgl. Art. 237 Abs. 2 ZPO).<sup>572</sup> Der Zwischenentscheid in der Sache hat mithin massgebenden Einfluss auf den Endentscheid. Bereits dessen Eröffnung stellt eine einschneidende Änderung der Prozesslage dar, die geeignet ist, den wirtschaftlichen Wert der betreffenden Vermögensbestandteile zu beeinflussen.<sup>573</sup>

---

<sup>566</sup> Vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 17; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 553.

<sup>567</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 364 f., S. 382 f.; vgl. auch – entsprechende Entscheide jedoch als Feststellungentscheide einordnend – PIECH, S. 96.

<sup>568</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 13.1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 6. Kap. N 35; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 361.

<sup>569</sup> Siehe vorn N 222.

<sup>570</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 243; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.145; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 4; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1122.

<sup>571</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 381 Fn. 75; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 9, § 26 N 9.

<sup>572</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.147; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 154; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 N 9; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1123.

<sup>573</sup> Siehe vorn N 222. Vgl. auch PIECH, S. 96.

### c) *Prozessentscheide*

Bevor das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch eintritt, muss es von Amtes wegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen prüfen (Art. 59 Abs. 1, Art. 60 ZPO). Fehlt es an einer einzelnen Prozessvoraussetzung, ergeht ein Prozessentscheid, der das Verfahren als Endentscheid beendet (vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO: «Nichteintretensentscheid»<sup>574</sup>). Ausnahmsweise wird das Vorliegen der Prozessvoraussetzung und damit das Eintreten auf die Sache in einem Zwischenentscheid festgestellt, wenn die Prozesseinrede, es fehle an einer Prozessvoraussetzung, verworfen wird.<sup>575</sup> 232

Anders als Entscheide in der Sache äussern sich Prozessentscheide, seien es End- oder Zwischenentscheide, nicht «(...) über Begründetheit oder Unbegründetheit der mit Klage erhobenen Rechtsbehauptung»<sup>576</sup>, sondern nur, aber immerhin über Vorhandensein oder Fehlen der einzelnen Prozessvoraussetzungen.<sup>577</sup> Deshalb können Prozessentscheide auch nur, aber immerhin bezüglich der beurteilten Prozessvoraussetzungen materielle Rechtskraft entfalten.<sup>578</sup> 233

Weil der Nichteintretensentscheid die Sache nicht materiell rechtskräftig entscheidet,<sup>579</sup> besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Sache erneut zum Gegenstand einer gerichtlichen Beurteilung zu machen.<sup>580</sup> Ausnahmen sind denkbar, etwa wenn das Gericht feststellt, dass der gerichtlichen Geltendmachung an sich, und nicht nur im konkreten Verfahren definitive Hindernisse 234

<sup>574</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 5.23; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 100, N 104, 7. Kap. N 144; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 N 1; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 584.

<sup>575</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 204, S. 242 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.145; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 144; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 4.

<sup>576</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 204.

<sup>577</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 204 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 144; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 2, N 3 f.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 584, N 606.

<sup>578</sup> BGE 115 II 187, E. 3a; BGE 134 III 467, E. 3.2; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 381 Fn. 77; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.63; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 205; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 10; vgl. auch PIECH, S. 98 f.

<sup>579</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.63, N 11.141.

<sup>580</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.63; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 3. Kap. N 150; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 584.

im Weg stehen,<sup>581</sup> oder wenn es beispielsweise seine örtliche Zuständigkeit unzutreffend verneint, obwohl es ausschliesslich zuständig wäre: Die Geltendmachung an einem anderen Gericht ist ausgeschlossen, und das einzige zuständige Gericht kann und darf die Frage in einem späteren Verfahren nicht wieder aufnehmen.<sup>582</sup> Der Nichteintretensentscheid hat in solchen Fällen die gleiche Wirkung wie eine Abweisung, insbesondere im Hinblick auf den Vermögenswert.<sup>583</sup> Der betreffende materiell-rechtlich geschützte Vermögensbestandteil wird mit dem Entscheid, der Undurchsetzbarkeit bedeu- tet, wertlos bzw. mit dessen Eröffnung im Wert vermindert.<sup>584</sup>

- 235 Hindert der Nichteintretensentscheid eine erneute gerichtliche Geltendma- chung nicht, kann er zumindest zur Folge haben, dass sich die erfolgreiche gerichtliche Geltendmachung verzögert.<sup>585</sup> Dadurch kann sich der wirtschaft- liche Wert des betreffenden Vermögensbestandteils vermindern, wenn sich mit dem Zeitablauf die Aussicht auf Befriedigung in der Vollstreckung ver- schlechert, beispielsweise weil das Vermögen des Schuldners verfällt, oder wenn die Befriedigung zu einem späteren Zeitpunkt sinnlos ist.<sup>586</sup> Andererseits wird in der Verzögerung kaum eine Verminderung des wirtschaftlichen Werts des betreffenden Vermögensbestandteils zu erblicken sein, wenn sich die Vermögenslage des Schuldners mit dem Zeitablauf voraussichtlich nicht verändern wird und die Befriedigung zu einem späteren Zeitpunkt ebenso nützlich bleibt.<sup>587</sup>
- 236 Fraglich ist weiter, ob der Prozessentscheid auch im umgekehrten Fall, näm- lich als Zwischenentscheid, der das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen bejaht, vermögensmindernde Wirkung haben kann. Die Frage wird von PIECH verneint,<sup>588</sup> nach hier vertretener Ansicht ist sie, wie das nachfolgende – zugegebenermassen wohl rein theoretische – Beispiel zeigt, jedoch zu be- jahren. Das Eintreten des Gerichts auf die Sache ist Voraussetzung dafür, dass es in der Sache entscheiden und damit etwa einen Vollstreckungstitel für die

---

<sup>581</sup> Vgl. PIECH, S. 98 f.

<sup>582</sup> Vgl. BGE 134 III 467, E. 3.2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 7.63; A. STAEHE- LIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 24 N 10.

<sup>583</sup> Vgl. PIECH, S. 98 f.

<sup>584</sup> Siehe vorn N 222.

<sup>585</sup> PIECH, S. 97.

<sup>586</sup> Vgl. PIECH, S. 97 f.; vgl. auch HUNOLD, N 145; vgl. ferner HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 47: «(...) um (...) die Gegenpartei durch Zeitverlust zu schädigen (...).»

<sup>587</sup> PIECH, S. 98; vgl. auch WOHLERS, Vermögensschaden, S. 210.

<sup>588</sup> PIECH, S. 99.

Erbringung einer geldwerten Leistung schaffen kann. Wenn das Gericht auf die Sache eintritt, obwohl sie beispielsweise bereits rechtskräftig entschieden ist (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO), ist darin für den Beklagten eine einschneidende Verschlechterung der Prozesslage zu sehen, die den Geldwert der betreffenden Leistung auf dem Markt beeinflussen bzw. erst entstehen lassen wird, weil mit dem Entscheid die Möglichkeit der Vollstreckung erneut auflebt.

#### **d) Prozessleitende Verfügungen**

Zur Durchführung des Verfahrens erlässt das Gericht prozessleitende Verfügungen (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). «Die prozessleitende Verfügung ist Ausdruck der richterlichen Prozessführung; sie umfasst alle Anordnungen, welche im Verlauf des Verfahrens für dessen ordnungsgemässe Abwicklung und für die Vorbereitung des Urteils notwendig sind, ohne sich über die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage auszusprechen.»<sup>589</sup> Dazu gehören etwa Anordnungen betreffend Fristen, beispielsweise für die Einreichung der Klageantwort (Art. 222 Abs. 1 ZPO) oder für die Zahlung von Vorschüssen und Sicherheiten (Art. 98 f. ZPO), und Termine, beispielsweise für Verhandlungen (Art. 133 ZPO), aber auch Beweisverfügungen (Art. 154 ZPO), Massnahmen zur Vereinfachung des Prozesses (Art. 125 ZPO) und Entscheide über Ausstandsgesuche (Art. 50 ZPO), Interventionsgesuche (Art. 75 ZPO), die Zulassung von Streitverkündungsklagen (Art. 82 ZPO), Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 119 ZPO), oder die Sistierung des Verfahrens (Art. 126 ZPO), die Überweisung an das zuerst angerufene Gericht (Art. 127 ZPO), Fristerstreckung (Art. 144 Abs. 2 ZPO) oder Fristwiederherstellung (Art. 148 ZPO).<sup>590</sup>

Auch der Erlass einer prozessleitenden Verfügung ändert die Prozesslage und ist demnach grundsätzlich geeignet, den wirtschaftlichen Wert eines materiell-rechtlich geschützten Anspruchs zu beeinflussen.<sup>591</sup> Im Auge zu behalten ist freilich, dass – um nach den bisherigen Ergebnissen für den Prozessbetrug relevant zu sein – die prozessleitende Verfügung durch einen Irrtum des Gerichts motiviert sein muss, der auf eine bewiesene unzutreffen-

<sup>589</sup> A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 N 18; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.12; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 701.

<sup>590</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.13 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 N 18 f.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 702 f.

<sup>591</sup> Siehe vorn N 222.

de Tatsachenbehauptung zurückzuführen ist.<sup>592</sup> Damit rücken für die vorliegende Betrachtung einzelne prozessleitenden Verfügungen in den Vordergrund, die durch das Verhalten der Parteien motiviert werden.

*aa) Beweisverfügungen*

- 239 Das gilt zunächst für Beweisverfügungen. In der Regel hat erst, aber auch schon die Bestreitung der Behauptung einer rechtserheblichen Tatsache, einer rechtserheblichen Übung oder ausländischen Rechts zur Folge, dass diese Gegenstand des Beweises werden (Art. 150 ZPO) und eine Beweisverfügung erlassen wird, die insbesondere die – von den Parteien angegebenen (Art. 55 Abs. 1, Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO) – zugelassenen Beweismittel bezeichnet und bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO). Die Prozesslage verschlechtert sich aus Sicht der Partei, gegen die im Fall der Beweislosigkeit entschieden wird, nicht erst mit Erlass der Beweisverfügung, sondern bereits mit der Bestreitung.<sup>593</sup> Nach PIECH stellt der Erlass der Beweisverfügung nach der Bestreitung keine relevante Verschlechterung der Prozesslage mehr dar.<sup>594</sup> Insofern kann ihr auch keine vermögensmindernde Wirkung zukommen.<sup>595</sup>
- 240 An Relevanz von Beweisverfügungen für den Prozessbetrug fehlt es aber auch schon aus dem Grund, als kaum denkbar ist – oder jedenfalls ausserhalb der Typizität des Prozessbetrugs liegt –, dass eine Beweisverfügung, die durch die Streitigkeit einer Tatsachenbehauptung motiviert ist, gerade diesbezüglich – nämlich, dass die Tatsachenbehauptung zufolge Bestreitens streitig ist – auf einem Irrtum beruht, der zudem auf eine bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung zurückzuführen sein müsste.

*bb) Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten*

- 241 «Grundsätzlich ist in allen Verfahren ein Kostenvorschuss zu verlangen.»<sup>596</sup> Weil Art. 98 ZPO eine Kann-Vorschrift ist, liegt der Entscheid über die Leis-

---

<sup>592</sup> Siehe vorn N 193 f.

<sup>593</sup> Vgl. PIECH, S. 100.

<sup>594</sup> Vgl. PIECH, S. 100.

<sup>595</sup> Vgl. PIECH, S. 100.

<sup>596</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 31 (Hervorhebungen unterdrückt); vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.15, N 10.19; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 21; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 636.

tung eines allgemeinen Kostenvorschusses durch die klagende Partei dennoch letztlich im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts<sup>597</sup> und erfolgt unbeeinflusst vom Verhalten der Parteien von Amtes wegen.<sup>598</sup> Er ist deshalb für den Prozessbetrug nicht weiter interessant.

Über die Leistung eines Kostenvorschusses für Beweiserhebungen nach Art. 102 ZPO wird in der Beweisverfügung entschieden.<sup>599</sup> Der Erlass einer Beweisverfügung und einer damit verbundenen Anordnung, für Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, setzt regelmässig die Bestreitung einer Tatsachenbehauptung voraus, ist mithin vom Verhalten der Partei abhängig, die zu bestreiten hat.<sup>600</sup> Die auferlegte Obliegenheit, für Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, wirkt sich für das Vermögen der belasteten Partei mindernd aus, weil sie den Kostenvorschuss – um den Anspruch erfolgreich geltend machen zu können – leisten muss, anderenfalls die streitige Tatsachenbehauptung wahrscheinlich beweislos bleibt, in der Folge gegen die belastete Partei entschieden wird und sich der – auf dem Markt an sich geldwerte – Anspruch nicht mehr durchsetzen lässt.<sup>601</sup> 242

Es ist jedoch fraglich, ob die vermögensmindernde Wirkung der Anordnung, für Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, konsequent nicht auch hier – wie beim Erlass der Beweisverfügung als solcher – ausfallen müsste, weil die Obliegenheit, für Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, Teil der Verschlechterung der Prozesslage ist, die bereits mit der Bestreitung eintritt.<sup>602</sup> Der Entscheid, ob die Beweiserhebungen beantragende Partei die dadurch veranlassten Auslagen des Gerichts vorzuschüssen hat, liegt nicht im Ermessen des Gerichts. Es handelt sich im Gegensatz zu Art. 98 ZPO bei Art. 102 ZPO nicht um eine Kann-Vorschrift. Ausnahmen, wann keine Gerichtskosten und damit auch kein Beweiskostenvorschuss zu erheben ist, sind im Gesetz bestimmt (Art. 114, Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO).<sup>603</sup> Mithin ist schon im Zeitpunkt der Bestreitung voraussehbar, ob ein Beweiskostenvorschuss zu leisten ist oder nicht. 243

<sup>597</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 32; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.17; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 636.

<sup>598</sup> Vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 28.

<sup>599</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.42.

<sup>600</sup> Vgl. PIECH, S. 99.

<sup>601</sup> Vgl. PIECH, S. 99 f.

<sup>602</sup> Siehe vorn N 239.

<sup>603</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.28.

- 244 Jedoch kann die Frage, ob die Anordnung, für die Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, (zusätzlich zur Bestreitung) vermögensmindernde Wirkung hat, letztlich offen bleiben. Denn wie schon bei der Beweisverfügung als solcher muss auch für die damit verbundene Anordnung, für Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, gelten, dass das Gericht in Bezug auf den Umstand, weswegen es überhaupt zu einer Beweiserhebung kommt – Streitigkeit der Tatsachenbehauptung zufolge Bestreitens –, kaum irren kann.<sup>604</sup> Prozessbetrug durch Erwirken eines Entscheids über die Leistung von Vorschüssen scheidet deshalb genauso aus wie derjenige durch Erwirken einer Beweisverfügung.<sup>605</sup>
- 245 Bleiben in diesem Zusammenhang noch Entscheide über die Leistung von Sicherheiten. Nur auf Antrag der beklagten Partei hat für deren Parteientschädigung die klagende Partei unter bestimmten Voraussetzungen Sicherheit zu leisten (Art. 99 ZPO).<sup>606</sup> Der Antrag ist zu beziffern und zu begründen, wobei mindestens ein Grund nach Art. 99 Abs. 1 ZPO glaubhaft zu machen<sup>607</sup> bzw. zu beweisen<sup>608</sup> ist. Es ist also denkbar, dass der Entscheid über die Leistung von Sicherheit auf eine bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung, mithin auf eine arglistige Tathandlung, und einen darauf beruhenden Irrtum des Gerichts zurückzuführen ist. Die auferlegte Obliegenheit, Sicherheit zu leisten, hat auf das Vermögen des Klägers insofern mindernde Wirkung, als er – um den Anspruch erfolgreich geltend machen zu können – Sicherheit leisten muss, anderenfalls das Gericht auf die Klage nicht eintritt (Art. 101 Abs. 3 ZPO) und der – auf dem Markt an sich geldwerte – Anspruch beispielsweise in der Folge wegen Ablaufs einer Verwirkungsfrist untergeht<sup>609</sup> oder sich die erfolgreiche Geltendmachung verzögert, welche Verzögerung die anschliessende Vollstreckung des Anspruchs gefährdet und damit dessen wirtschaftlichen Wert mindern kann.<sup>610</sup>

---

<sup>604</sup> Siehe vorn N 240.

<sup>605</sup> Vgl. im Ergebnis PIECH, S. 99 f.

<sup>606</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.19; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 48; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 25, N 28; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 638.

<sup>607</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 48, N 66. Siehe auch vorn N 148.

<sup>608</sup> A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 28.

<sup>609</sup> Vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 647.

<sup>610</sup> Siehe vorn N 235.



Im Gegensatz zu Entscheiden über die Leistung von Vorschüssen können 246  
Entscheide über die Leistung von Sicherheiten demnach einen Vermögens-  
schaden begründen.

*cc) Entscheide über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege*

Auf Gesuch entscheidet das Gericht über die Gewährung der unentgeltlichen 247  
Rechtspflege (Art. 119 ZPO). Die gesuchstellende Person hat ihre Einkom-  
mens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über  
ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO).<sup>611</sup> Auch hier ist also  
denkbar, dass der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege  
auf eine bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung, mithin auf eine  
arglistige Tathandlung, und einen darauf beruhenden Irrtum des Gerichts zu-  
rückzuführen ist.<sup>612</sup>

Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst insbesondere die Befreiung von 248  
Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie von Gerichtskosten (Art. 118  
Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO), befreit aber nicht von der Bezahlung einer Par-  
teientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

Soweit es um Vorschussleistungen und Gerichtskosten geht, betrifft deren 249  
Ausbleiben nicht das Vermögen der Gegenpartei, sondern allenfalls das Ver-  
mögen des Staats. Insofern sind Entscheide über Gesuche um unentgeltliche  
Rechtspflege für die vorliegende Untersuchung irrelevant.

Soweit es jedoch um die Befreiung von Sicherheitsleistungen geht, kann das 250  
Vermögen der beklagten Partei im Fall der Gewährung der unentgeltlichen  
Rechtspflege dann eine Minderung erfahren, wenn die klagende Partei keine  
Sicherheit leisten muss, obwohl das Risiko besteht, dass sie eine der beklag-  
ten Partei allenfalls zustehende Parteientschädigung nicht wird zahlen kön-  
nen (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO). Dieses Risiko trägt die beklagte Partei  
(Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).<sup>613</sup> Sie ist deshalb auch zwingend anzuhören,  
wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die

<sup>611</sup> Vgl. BERTI, N 537; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.76; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI,  
8. Kap. N 126; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 61; SUTTER-SOMM, Zi-  
vilprozessrecht, N 687.

<sup>612</sup> Siehe vorn N 245.

<sup>613</sup> Vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 58.

Parteientschädigung umfassen soll (Art. 119 Abs. 3 ZPO).<sup>614</sup> Gutheissende Entscheide über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege können mithin für die beklagte Partei vermögensmindernd wirken, soweit sie die Befreiung von Sicherheitsleistungen umfassen.

*dd) Entscheide über Gesuche um Fristerstreckung,  
Terminverschiebung, Wiederherstellung*

- 251 Gerichtliche Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn das Gericht vor Fristablauf darum ersucht wird (Art. 144 Abs. 2 ZPO). «Die geltend gemachten Gründe sind soweit möglich zu belegen und im Übrigen zumindest glaubhaft zu machen.»<sup>615</sup> Damit besteht die Möglichkeit, dass ein Entscheid über ein Gesuch um Fristerstreckung auf eine bewiesene<sup>616</sup> unzutreffende Tatsachenbehauptung, mithin auf eine arglistige Tathandlung, und einen darauf beruhenden Irrtum des Gerichts zurückzuführen ist.<sup>617</sup>
- 252 Wie bereits ausgeführt, kann die mit Fristerstreckung entstehende Verzögerung des Verfahrens ein Vermögensschaden sein, wenn sich mit dem Zeitablauf die Aussicht auf Befriedigung in der Vollstreckung verschlechtert, beispielsweise weil das Vermögen des Schuldners verfällt oder wenn die Befriedigung zu einem späteren Zeitpunkt sinnlos ist.<sup>618</sup>
- 253 Für Entscheide über Gesuche um Verschiebung eines Erscheinungstermins (vgl. Art. 135 ZPO) gilt Analoges.<sup>619</sup>
- 254 Nimmt eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vor oder erscheint sie zu einem Termin nicht, kann das Gericht auf Gesuch der säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Auch beim Entscheid über ein Gesuch um Wiederherstellung besteht demnach die Möglichkeit, dass dieser auf eine bewiesene

---

<sup>614</sup> Vgl. BERTI, N 538; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.79; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 127; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 62.

<sup>615</sup> OGer ZH, Urteil v. 11.1.2012, PC110055, E. 4.3; vgl. MERZ, DK ZPO, Art. 144 N 9.

<sup>616</sup> Siehe vorn N 148.

<sup>617</sup> Vgl. PIECH, S. 102 f.

<sup>618</sup> Vgl. PIECH, S. 102 f. Siehe auch vorn N 235.

<sup>619</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.36, N 8.57 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 21; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 N 6; vgl. ferner PIECH, S. 102 f.

ne<sup>620</sup> unzutreffende Tatsachenbehauptung, mithin auf eine arglistige Tathandlung, und einen darauf beruhenden Irrtum des Gerichts zurückzuführen ist.<sup>621</sup>

«Die Wirkung der Wiederherstellung entspricht ihrem Zweck. (...) [Der Prozess] tritt in die Lage zurück, in welcher er sich vor der Wiederherstellung befunden hat.»<sup>622</sup> Die Wiederherstellung führt wie die Fristerstreckung zu einer Verlängerung des Verfahrens, die unter Umständen ein Vermögensschaden sein kann.<sup>623</sup> 255

Darüber hinaus ist auch denkbar, dass die ersuchende Partei mit der Wiederherstellung erneut in die Lage versetzt wird, ihren Anspruch erfolgreich geltend zu machen, nachdem aus der Sicht davor der erfolgreichen Geltendmachung die Säumnisfolgen im Weg gestanden hätten. Dies stellt für die Gegenpartei eine einschneidende Verschlechterung der Prozesslage dar, die geeignet ist, vermögensmindernde Wirkung zu entfalten. 256

#### *e) Realakte*

Als Realakte gelten etwa Eröffnung des Geschäfts, Aktenanlage, Entgegennahme von Parteierklärungen, Protokollführung oder Benachrichtigungen.<sup>624</sup> 257 Vorliegend wird auch die Abschreibung<sup>625</sup> zufolge Vergleichs, Klageanerkennung oder Klagerückzugs den Realakten zugeordnet.<sup>626</sup>

<sup>620</sup> Siehe vorn N 148.

<sup>621</sup> Vgl. PIECH, S. 101.

<sup>622</sup> A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 N 16 (Hervorhebung unterdrückt).

<sup>623</sup> Vgl. PIECH, S. 101. Siehe auch vorn N 235.

<sup>624</sup> Siehe vorn N 165.

<sup>625</sup> Zum darin enthaltenen Kostenentscheid siehe hinten N 263 ff.

<sup>626</sup> Nach LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.22, ist sie prozessleitende Verfügung; vgl. auch etwa Art. 9 Abs. 4 lit. j GKV/SG. Das könnte man allenfalls damit begründen, dass es sich um eine Anordnung handelt, welche im Verlauf des – vom übrigen Verfahren quasi verselbständigten – Verfahrens zum Kostenentscheid für dessen ordnungsgemässe Abwicklung und für die Vorbereitung des Kostenentscheids notwendig ist (zur prozessleitenden Verfügung siehe vorn N 237). Gegen diese Einordnung spricht jedoch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach gegen die Abschreibung kein Rechtsmittel offenstehen soll (BGE 139 III 133, E. 1.2), denn gegen prozessleitende Verfügungen steht die Beschwerde offen in vom Gesetz bestimmten Fällen, oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Die Einordnung der Abschreibung als Realakt kann man vielleicht damit begründen, dass – wenn sie allein zum Zweck der Geschäftskontrolle den Prozesserledigungsvorgang beurkundet (BGE 139 III 133, E. 1.2 u.a. m.H.a. BERTI, N 243; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1139)

*aa) Im Allgemeinen*

- 258 Wie schon bei anderen Prozesshandlungen des Gerichts festgehalten,<sup>627</sup> ist auch bei Realakten regelmässig kaum vorstellbar, dass diese durch Umstände motiviert sind, bezüglich derer das Gericht irrt und bei denen dieser Irrtum zudem auch noch auf eine bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung zurückzuführen ist. Für den Prozessbetrug dürften Realakte deshalb in der Regel irrelevant sein.

*bb) Abschreibung zufolge Vergleichs, Klageanerkennung, Klagerückzugs*

- 259 Fraglich ist, ob die Regel auch für die Abschreibung als solche gilt – so man sie denn als Realakt betrachten will.<sup>628</sup>
- 260 Die Parteien können dem Gericht einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen Klagerückzug einreichen oder zu Protokoll erklären (vgl. Art. 241 Abs. 1 ZPO).<sup>629</sup> Die entsprechende Prozesshandlung der Parteien hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Der Prozess wird mithin ohne gerichtlichen Erledigungsentscheid durch die entsprechende Prozesshandlung der Parteien selbst unmittelbar beendet.<sup>630</sup> Die Abschreibung (Art. 241 Abs. 3 ZPO) «der guten Ordnung halber»<sup>631</sup> hat – bis

---

– sie Teil der Protokollführung ist (vgl. LEUMANN LIEBSTER, ZK ZPO, Art. 241 N 21; G. NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 241 N 8). BERTI, N 243, hält in diesem Zusammenhang jedoch auch fest, dass die Abschreibung «(...) einen materiellen Entscheid des Gerichts in der Form einer Feststellung [enthält], dass ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug zu Protokoll mit rechtshängigkeitsbeendender Wirkung gegeben worden ist». Für DOLGE, Anfechtbarkeit, S. 51, S. 53, ist sie Spezialfall, ein «verfahrensabschliessender Akt». Die Beantwortung der Frage der dogmatischen Zuordnung ist im vorliegenden Zusammenhang irrelevant, weshalb sie nicht abschliessend geklärt zu sein braucht.

<sup>627</sup> Siehe vorn N 240, N 244.

<sup>628</sup> Siehe vorn Fn. 626.

<sup>629</sup> KILLIAS, BK ZPO II, Art. 241 N 21 ff.; G. NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 241 N 4 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 106; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 19; STECK, BSK ZPO, Art. 241 N 12; vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1138.

<sup>630</sup> BGE 139 III 133, E. 1.2; KILLIAS, BK ZPO II, Art. 241 N 27; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.151; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 106; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 18; vgl. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1139.

<sup>631</sup> Botschaft ZPO, S. 7345; vgl. BGE 139 III 133, E. 1.2.

auf den Kostenentscheid<sup>632</sup> (vgl. Art. 109 ZPO) – rein deklaratorische Bedeutung.<sup>633</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang ist beispielsweise denkbar, dass eine Partei 261 in einer Eingabe an das Gericht beantragt, das Verfahren sei zufolge Vergleichs abzuschreiben, und hierzu einen vermeintlichen Vergleich beilegt; tatsächlich hat die Partei die Unterschrift der Gegenpartei gefälscht. Die Abschreibung beruht in diesem Fall auf einem Irrtum des Gerichts, der auf eine bewiesene unzutreffende Tatsachenbehauptung zurückzuführen ist.<sup>634</sup> Sie ist damit für den Prozessbetrug relevant.

Die Abschreibung ist geeignet, vermögensmindernde Wirkung zu entfalten, 262 denn obwohl sie nur der guten Ordnung halber erfolgt, dient sie nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung (allein oder zusammen mit dem Urteilssurrogat) als Vollstreckungstitel.<sup>635</sup> Damit liegt eine Änderung der Pro-

<sup>632</sup> KILLIAS, BK ZPO II, Art. 241 N 40; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 18; STECK, BSK ZPO, Art. 241 N 16. Zum Kostenentscheid siehe hinten N 263 ff.

<sup>633</sup> BGE 139 III 133, E. 1.2; KILLIAS, BK ZPO II, Art. 241 N 29, N 40; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 105; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 18; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.151; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1139.

<sup>634</sup> Vgl. – zur Frage des Rechtsmittels – DOLGE, Anfechtbarkeit, S. 52 (Hervorhebung unterdrückt): «Die Frage stellt sich aber, welches Rechtsmittel zu ergreifen ist, wenn das Gericht ein Verfahren zu Unrecht abgeschrieben hat, z.B. weil es ein von den Parteien eingereichtes Schreiben missverstanden und darin zu Unrecht einen Dispositionsakt der Parteien gesehen hat. Denkbar ist auch, dass das Gericht nicht gemerkt hat, dass ein Streitgegenstand nicht der Parteidisposition unterliegt, nicht alle notwendigen Streitgenossen an einem Vergleich mitgewirkt haben, eine Partei nicht gültig vertreten war usw.»

<sup>635</sup> BGE 139 III 133, E. 1.2; BERTI, N 243; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.151; STECK, BSK ZPO, Art. 241 N 16; vgl. GASSER/RICKLI, Art. 241 ZPO N 3, und KRIECH, DK ZPO, Art. 241 N 12, nach welchen die Entscheidsurrogate sofort rechtskräftig und vollstreckbar seien, sofern die Form gewahrt wurde und das Gericht die Parteierklärung als zulässig erachtete – was logisch die Abschreibung voraussetzt; ähnlich LEUMANN LIEBSTER, ZK ZPO, Art. 241 N 21, sowie G. NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 241 N 11 f.; in Bezug auf die Klageanerkennung A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 21; a.M. wohl SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 9. Kap. N 107; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1139; vgl. auch KILLIAS, BK ZPO II, Art. 241 N 33, wonach formaljuristisch bereits die Abstandserklärung bzw. die Vergleichsvereinbarung als formeller Rechtsöffnungstitel gelte, es aber *zweckmässig* sei, beim Rechtsöffnungsgericht zusammen mit der Abstandserklärung bzw. Vergleichsvereinbarung den entsprechenden Abschreibungsentscheid einzureichen.

zesslage vor, die den wirtschaftlichen Wert der betreffenden Vermögensbestandteile zu beeinflussen vermag.

**f) Kostenentscheide**

- 263 Der Zivilprozess verursacht Kosten. Prozesskosten sind die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Diese werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) bzw. nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO), während eine Parteientschädigung grundsätzlich nur auf entsprechenden Antrag zugesprochen wird.<sup>636</sup>
- 264 In der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist nicht ein selbständiger Kostenentscheid vorgesehen, er ist vielmehr in der Regel im Endentscheid enthalten (Art. 104 Abs. 1 ZPO), kann aber ebenso in Zwischenentscheiden (vgl. Art. 104 Abs. 2 ZPO) und prozessleitenden Verfügungen – namentlich in Entscheiden über Ausstandsgesuche<sup>637</sup> – enthalten sein. Auch die Abschreibung ist mit einem Kostenentscheid verknüpft (vgl. Art. 106 Abs. 1 Satz 2, Art. 109 ZPO).<sup>638</sup>
- 265 Die Auferlegung von Prozesskosten stellt eine Erhöhung der Passiven und damit eine Minderung des Vermögens dar.<sup>639</sup> Dabei verhält sich die Belastung mit Prozesskosten grundsätzlich akzessorisch zur aktuellen Prozesslage.<sup>640</sup> Das heisst, jede Änderung der Prozesslage ist geeignet, zusätzlich im Umfang der Prozesskosten vermögensmindernd zu wirken.

---

<sup>636</sup> Vgl. Botschaft ZPO, S. 7296; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 105 N 6; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 105 N 2; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 105 CPC N 1, N 7; URWYLER, DK ZPO, Art. 105 N 4.

<sup>637</sup> WULLSCHLEGER, ZK ZPO, Art. 50 N 13; vgl. DIGGELMANN, DK ZPO, Art. 50 N 6; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 127 GOG/ZH N 22; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 50 CPC N 23; vgl. auch entsprechende kantonale Erlasse, beispielsweise § 9 Abs. 1 GebV OG/ZH: «Für Entscheide über Ausstandsgesuche nach Art. 50 ZPO und für prozessleitende Verfügungen mit Kostenaufgabe beträgt die Gebühr Fr. 100 bis Fr. 7000»; Art. 9 Abs. 4 GKV/SG: «Eine separate Entscheidgebühr kann namentlich für die folgenden prozessleitenden Verfügungen erhoben werden: a) Ausstand; (...).»

<sup>638</sup> Siehe vorn N 260.

<sup>639</sup> Vgl. PIECH, S. 108.

<sup>640</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 243.

Inwiefern die Erstattung der Prozesskosten unrechtmässige Bereicherung sein kann, wird unter dem Titel der Absicht unrechtmässiger Bereicherung zu prüfen sein.<sup>641</sup> 266

### **g) Zwischenfazit**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass praktisch alle Prozesshandlungen des Gerichts geeignet sind, den wirtschaftlichen Wert von Vermögensbestandteilen zu beeinflussen, und zwar bereits im Zeitpunkt ihrer Eröffnung. Das kommt daher, dass sich der wirtschaftliche Wert von Vermögensbestandteilen, die Gegenstand eines Zivilprozesses sind, nach der aktuellen Prozesslage beurteilt. Die Beurteilung der aktuellen Prozesslage wiederum hängt von den Prozesshandlungen des Gerichts ab.<sup>642</sup> 267

## **C. Schadensbemessung**

Wenn für das Vorliegen eines Vermögensschadens entscheidend ist, dass der Gesamtwert des betrachteten Vermögens nach dem in Frage stehenden Verhalten des Irrenden geringer ist als davor,<sup>643</sup> und die Bewertung einerseits unmittelbar vor und andererseits unmittelbar nach dem jeweils in Frage stehenden Verhalten des Irrenden massgebend ist,<sup>644</sup> kommt man nicht umhin, das Vermögen bzw. die vermögensmindernde Wirkung von Prozesshandlungen des Gerichts zu bewerten. Darin freilich dürfte eine besondere Schwierigkeit liegen. 268

Das lässt sich am Beispiel eines Falls veruntreuter Bankkundengelder zeigen, in welchem auch die Kontoführung manipuliert wurde. Ausgehend davon, dass die Guthaben der Bankkunden in der Buchhaltung nicht mehr bzw. nur in einem reduzierten Umfang ausgewiesen wurden, pflichtet das Bundesgericht der Vorinstanz darin bei, dass damit die Geltendmachung der Forderungen faktisch erschwert wurde und dies einer Verminderung des wirtschaftlichen Werts der Forderungen gleichkommt.<sup>645</sup> Als es darum geht, die 269

<sup>641</sup> Vgl. KRELL, S. 108; PIECH, S. 109. Siehe hinten N 292 ff.

<sup>642</sup> Siehe zum Ganzen vorn insb. N 222.

<sup>643</sup> Siehe vorn N 198.

<sup>644</sup> Siehe vorn N 199.

<sup>645</sup> BGer, Urteil v. 10.4.2012, 6B\_199/2011, 6B\_215/2011, E. 5.3.5.3; vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 248 f. m.w.H.: «(...) [D]ie Manipulation der Konten [kann] die Forderung des Kunden nicht in ihrem Bestand verändern (...). Das will aber nicht heissen, dass dadurch der Wert der Depositen nicht vermindert wird. Denn soweit das Guthaben

Verminderung des wirtschaftlichen Werts der Forderungen zu beziffern – wozu sich das Bundesgericht nicht äussert –, stösst die Vorinstanz jedoch an Grenzen. Der Beschwerdeführer wirft ihr vor, sie sei «(...) bei der Strafzumessung (...) in offensichtlich unzulässiger Weise von einem Gefährdungsschaden in voller Forderungshöhe ausgegangen, es ver falle daher in Willkür und verletze Bundesrecht. Zum Ausmass der (bestrittenen) Wertberichtigung resp. zur Höhe des jeweiligen Gefährdungsschadens habe das Obergericht keinerlei betragsmässige oder prozentuale Feststellungen gemacht. Die buchhalterische Wertberichtigung betrage eben gerade nicht 100%, weil an keiner Stelle von einem Totalverlust der Kundenforderung die Rede sei (...)»<sup>646</sup> Die Vorinstanz erwägt, weil keine einigermaßen zuverlässige Aussage über die «Wertberichtigungsquote» gemacht werden könne, müsse es «(...) bei der Feststellung sein Bewenden haben, dass die Forderungen der Geschädigten im Deliktszeitpunkt in hohem Masse gefährdet waren», und es doch sehr realistisch erscheine anzunehmen, «(...) dass die Forderungen im Deliktszeitpunkt derart in ihrem Werte herabgesetzt waren, dass sie nahezu dem buchhalterischen Fehlbetrag gleichkamen».<sup>647</sup>

- 270 Ausgehend von der Prämisse, dass der wirtschaftliche Wert von Vermögensbestandteilen dem Geldwert entspricht, der ihnen auf dem Markt zukommt,<sup>648</sup> setzt die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung auf eine Bewertung nach Bilanzrecht: «Ein Vermögensschaden liegt nach der Rechtsprechung vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Gefährdung *im Rahmen einer sorgfälti-*

---

des Kunden nicht durch die Kontoführung der Bank ausgewiesen ist, handelt es sich um eine *illiquide Forderung*. Es ist offenbar, dass die mangelnde Liquidität den Wert massiv einschränkt. Der Wert steht dem Kunden nicht mehr «jederzeit» zur Verfügung, sondern nur dann, wenn er seine Ansprüche erfolgreich nachgewiesen hat»; a.M. NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Art. 138 N 99, wonach, wenn überhaupt, ein Vermögensschaden einzig für die Bank resultiert.

<sup>646</sup> OGer ZH, Urteil v. 15.5.2013, SB120239, E. 5.2.1.

<sup>647</sup> Zum Ganzen OGer ZH, Urteil v. 15.5.2013, SB120239, E. 5.2.1 (Hervorhebung unterdrückt).

<sup>648</sup> Siehe vorn N 205.



gen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (...).»<sup>649</sup>

Die Aussage ist insofern irreführend, als der Gefährdungsschaden echter Schaden ist,<sup>650</sup> dessen Herbeiführung also ebenfalls eine tatsächliche Schädigung ist. Wenig hilfreich aber erscheint vor allem der propagierte – wenn nicht bilanzakzessorische, dann doch wenigstens bilanzorientierte – Bewertungsmassstab. Vorbehalte diesbezüglich finden sich zumindest andeutungsweise bei ARZT, der zwar feststellt, dass man sich dahin weitgehend einig ist, «(...) dass auch der Gefährdungsschaden als eine für den Betrug charakteristische Selbstschädigung aufzufassen ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Risiko so objektivierbar ist, dass im Geschäftsverkehr («nach den Grundsätzen der Buchführung» [...]) Abzüge vom Nennwert einer Forderung, Rückstellungen etc. vorgenommen werden würden.»<sup>651</sup> Gleichzeitig hält er aber auch fest, dass «(...) sich leider keine präzise Formel entwickeln [lässt], wann bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Risiko schon als Schaden anzusehen ist»<sup>652</sup>, und dass ein Gefährdungsschaden zu bejahen sein kann, «(...) [a]uch wenn das Risiko sich nicht mit Hilfe von Bilanzierungsregeln wirtschaftlich klar fassen lässt (...)»<sup>653</sup>. 271

Bereits an anderer Stelle wurde manifest, dass eine bilanzakzessorische Bewertung untauglich ist, den strafrechtlich relevanten Schaden zu erfassen.<sup>654</sup> Das liegt in erster Linie daran, dass sorgfältige Bilanzierung vom Vorsichtsprinzip geprägt ist, das das Gebot der materiellen Wahrheit einschränkt:<sup>655</sup> Aktiven werden – im Vergleich zum Marktwert – tendenziell zu tief und Passiven – im Vergleich zum Marktwert – tendenziell zu hoch bewertet.<sup>656</sup> Am Beispiel des Aktivums: «Der Wert eines Aktivums wird durch den (zukünftigen) Mittelzufluss bestimmt. Dies führt dazu, dass sich die Wahrscheinlichkeit des Mittelzuflusses im *Buchwert* des Aktivums niederschlagen muss: je grösser die Unsicherheit des Mittelzuflusses, desto kleiner der Wert des Aktivums. Ein Mittelzufluss mit 51% Wahrscheinlichkeit führt in einer 272

<sup>649</sup> BGE 129 IV 124, E. 3.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt). Siehe auch vorn Fn. 480.

<sup>650</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 158.

<sup>651</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 154 m.H.a. DONATSCH, Strafrecht III, S. 240 (Fettdruck unterdrückt).

<sup>652</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 158.

<sup>653</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 159.

<sup>654</sup> Siehe vorn N 220 f.

<sup>655</sup> NEUHAUS/BLÄTTLER, BSK OR II, Art. 959 N 13, N 21 f.

<sup>656</sup> HANDSCHIN, N 10.

von Vorsicht geprägten Rechnungslegung zu einem Non-Valeur.»<sup>657</sup> Der Buchwert eines Aktivums kann unter Umständen also erheblich von dessen Marktwert abweichen.

- 273 Der Versuch, den strafrechtlich relevanten Schaden «nach den Grundsätzen der Buchführung» zu erfassen, kann deshalb nicht zum Erfolg, sprich zu einem objektiv-wirtschaftlich bestimmten Schaden führen. Vielmehr wird kein Weg daran vorbeiführen, abhängig von den konkreten Verhältnissen im Einzelfall den mutmasslichen Tauschwert der betroffenen Vermögensbestandteile auf dem Markt zu eruieren.<sup>658</sup> Mutmasslich deshalb, weil es sich notwendig um einen hypothetischen Wert handelt, solange die betroffenen Vermögensbestandteile nicht tatsächlich auf dem Markt verkauft werden.<sup>659</sup>
- 274 Genau dies dürfte es regelmässig schwierig machen, das Vermögen bzw. die vermögensmindernde Wirkung von Prozesshandlungen des Gerichts festzustellen. Kriterien, die eine «einigermassen zuverlässige Aussage»<sup>660</sup> über die vermögensmindernde Wirkung von Prozesshandlung des Gerichts in Ziffern zulassen, fehlen. Letztlich wird es auf eine Schätzung *in dubio pro reo*, d.h. i.S. eines Minimums, hinauslaufen.<sup>661</sup> Ob damit aber ein Schaden in den meisten diskutierten Konstellationen praktisch noch festgestellt werden kann, erscheint fraglich.

---

<sup>657</sup> NÖSBERGER/BOEMLE, S. 166 m.H.a. Art. 960 Abs. 2 OR und Art. 958c Abs. 2 [recte Abs. 1] Ziff. 5 OR (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>658</sup> Vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Vor Art. 137 N 63; POPP, S. 122.

<sup>659</sup> Vgl. aber auch – zur Schadensberechnung im Rahmen der Staatshaftung – HUNOLD, N 142 ff., der allein in der Aussicht auf geringeren Verkaufserlös in der Regel noch keinen Schaden erkennen will, weil sie «(...) sich insofern nur hypothetisch und zukünftig auf das Vermögen auswirkt, als bei einem hypothetischen Verkauf der Forderung (wohl) ein niedrigerer Erlös erzielt würde» (a.a.O., N 146 m.w.H.). Er scheint sich allerdings selbst zu widersprechen, wenn er bei der Schadensberechnung andererseits berücksichtigt wissen will, dass «(...) es (...), auch wenn womöglich z.T. unwahrscheinlich, so doch nicht gänzlich ausgeschlossen [ist], dass der Gläubiger aus seiner Forderung eines Tages noch befriedigt wird» (a.a.O., N 153 m.w.H.). Letzteres ist genauso hypothetisch und zukünftig, wie der nicht realisierte Verkaufserlös.

<sup>660</sup> Siehe vorn N 269.

<sup>661</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 144.

## D. Kausalzusammenhang

Beim Prozessbetrug geht es um Vermögensverfügungen des Gerichts.<sup>662</sup> Von den Prozesshandlungen des Gerichts, die allgemein dafür in Betracht zu ziehen sind, können aufgrund der geforderten Kausal- und Motivationskette nur diejenigen relevant sein, die durch einen Irrtum motiviert sind, der auf einer bewiesenen Tatsachenbehauptung einer Partei beruht.<sup>663</sup> Im Übrigen aber beeinflussen die Prozesshandlungen des Gerichts die Prozesslage unmittelbar, und jede Änderung der Prozesslage ist geeignet, den wirtschaftlichen Wert des betreffenden Vermögens zu vermindern.<sup>664</sup> Das Erfordernis der Unmittelbarkeit zwischen Vermögensverfügung und Vermögensschaden wirkt sich nicht weiter einschränkend aus.

Bei den einzelnen besprochenen Prozesshandlungen des Gerichts wurde aufgezeigt, worin deren vermögensmindernde Wirkung bestehen kann und inwiefern diese auf eine arglistige Tathandlung und einen entsprechenden Irrtum beim Gericht zurückgeführt werden können.

## 6. Zwischenfazit

Verhaltensweisen einer Partei im Zivilprozess unter den objektiven Tatbestand von Art. 146 StGB zu subsumieren, erweist sich im Ergebnis als äusserst problematisch.

Eine arglistige Tathandlung kann man zwar durchaus noch in einigen Konstellationen annehmen.<sup>665</sup> Doch wird es in der Folge bereits häufig an einem tatbestandsmässigen Irrtum des Gerichts oder dann, wenn ein solcher noch bejaht werden kann, am erforderlichen Motivationszusammenhang zwischen dem tatbestandsmässigen Irrtum des Gerichts und dessen vermögensminderndem Verhalten fehlen.<sup>666</sup>

Gänzlich in Frage gestellt wird die Subsumtion einschlägigen Verhaltens unter den objektiven Tatbestand von Art. 146 StGB aber schliesslich durch den Umstand, dass das Gericht zwar befugt ist, im Hinblick auf die ord-

<sup>662</sup> Vgl. PIECH, S. 103.

<sup>663</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 238 f. Siehe auch vorn N 193 f.

<sup>664</sup> Siehe vorn N 222.

<sup>665</sup> Siehe vorn N 138 ff.

<sup>666</sup> Siehe vorn N 160 f., N 194.

nungsgemässe Erledigung des Prozesses tätig zu werden, diese Befugnis aber kein besonderes Nähe- oder Beziehungsverhältnis zu begründen vermag, so dass das gerichtliche Verhalten einer Partei zugerechnet werden könnte und müsste.<sup>667</sup> Gegebenenfalls schädigendes Verhalten des Gerichts kann folglich gar nie betrugsrelevant sein.

- 280 Sieht man über letzteren Umstand hinweg und nimmt mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung an, dass gerichtliches Verhalten allein zufolge rechtlicher Befugnis den Parteien wie eigenes zuzurechnen ist, erfüllt diejenige Partei im Zivilprozess den objektiven Tatbestand von Art. 146 StGB, die das Gericht mit einer bewiesenen unzutreffenden Tatsachenbehauptung dazu veranlasst, eine Prozesshandlung vorzunehmen, die den Geldwert vermindert, der dem Recht oder Rechtsverhältnis, um das gestritten wird, auf dem Markt zukommt.<sup>668</sup> Als vermögensmindernde Prozesshandlung des Gerichts im Vordergrund steht die Eröffnung von Entscheiden in der Sache.<sup>669</sup> Unter bestimmten Umständen kann es sich aber auch um die Eröffnung von Prozessentscheiden handeln sowie um einzelne prozessleitende Verfügungen und die Abschreibung des Verfahrens zufolge Vergleichs, Klageanerkennung oder Klagerückzugs.<sup>670</sup> Immer darauf beschränkt, die betreffende Prozesshandlung ist durch eine unzutreffende Tatsachenbehauptung motiviert.<sup>671</sup> Dahingestellt muss bleiben, inwieweit sich der Schaden im Einzelfall auch nachweisen lässt.<sup>672</sup>

## II. Subjektiver Tatbestand

- 281 Im subjektiven Tatbestand verlangt Art. 146 Abs. 1 StGB sowohl Vorsatz als auch die Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern.<sup>673</sup>

---

<sup>667</sup> Siehe vorn N 195.

<sup>668</sup> Siehe vorn N 196, N 205.

<sup>669</sup> Siehe vorn N 209 ff.

<sup>670</sup> Siehe vorn N 232 ff., N 237 ff., N 259 ff.

<sup>671</sup> Siehe vorn N 275.

<sup>672</sup> Siehe vorn N 268 ff.

<sup>673</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 58; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 31; vgl. PIECH, S. 113.

## 1. Vorsatz

In Bezug auf den Vorsatz stellen sich beim Prozessbetrug keine aussergewöhnlichen Fragen.<sup>674</sup> Das Erfordernis des Vorsatzes ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 StGB und bedeutet, dass der Täter die Tat mit Wissen und Willen ausgeführt haben muss, wobei es ausreicht, wenn er die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (sog. *Eventualvorsatz*; Art. 12 Abs. 2 StGB).<sup>675</sup> Der Vorsatz muss sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale umfassen, einschliesslich Kausal- und Motivationszusammenhänge.<sup>676</sup> 282

### A. In Bezug auf die Tathandlung

Vorsatz bezüglich der Tathandlung ist gegeben, wenn die erklärende Partei einerseits um den Erklärungswert ihres Verhaltens und andererseits um das Nichtzutreffen ihrer Erklärung weiss und diese trotzdem abgibt. In Bezug auf den Erklärungswert des Verhaltens dürfte der Vorsatz generell unproblematisch sein, zumal der Erklärungswert von Prozesshandlungen der Parteien eng ausgelegt wird, in dem Sinn, dass grundsätzlich nur berücksichtigt wird, was sich auf den explizit geäusserten Wortlaut stützen lässt.<sup>677</sup> Davon, dass die erklärende Partei um das Nichtzutreffen ihrer Erklärung weiss, kann regelmässig ausgegangen werden, zumal Gegenstand von Parteierklärungen Tatsachen sind, die diese unmittelbar wahrgenommen haben sollen.<sup>678</sup> Auf zwei bereits angesprochene Konstellationen ist zurückzukommen: 283

<sup>674</sup> Vgl. KRELL, S. 108.

<sup>675</sup> Vgl. BGE 92 IV 65, E. 4; BGE 105 IV 12, E. 4b; BGE 122 IV 246, E. 3a; BGE 126 IV 113, E. 3c/dd; BGE 126 IV 165, E. 4b; BGE 128 IV 18, E. 3b; ARDINAY, S. 252; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 211; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 39; DONATSCH, Strafrecht III, S. 243; HUMBEL, S. 126; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1211 f.; KÄSER, N 260; NOLL, Besonderer Teil I, S. 204; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 59; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 96; VÖLGER, S. 160.

<sup>676</sup> Vgl. BGE 126 IV 113, E. 3c/dd; BGE 128 IV 18, E. 3b; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 208; CORBOZ, Infractions I, Art. 146 N 39; DONATSCH, Strafrecht III, S. 243; HUMBEL, S. 126; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1211; KÄSER, N 260; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 59; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 96; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 31; VÖLGER, S. 160.

<sup>677</sup> Siehe vorn N 98.

<sup>678</sup> Vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 15, nach welchen «(...) die Parteien im Allgemeinen über den Sachverhalt am besten informiert sind (...)».

- 284 Zum einen auf die Konstellation, in der eine Partei nicht weiss, ob eine – als eine Voraussetzung der angestrebten Rechtsfolge zu erklärende – Tatsache gegeben ist oder nicht. In dieser Situation genügt die Behauptung, die Tatsache liege *mutmasslich* vor, zivilprozessual nicht. Erforderlich ist vielmehr, die (mutmassliche) Tatsache als gegeben zu behaupten. Wenn die Tatsachenbehauptung nicht zutrifft, liegt objektiv eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen vor.<sup>679</sup> Wenn Eventualvorsatz genügt, ist in dieser Konstellation nicht nur das objektive Tatbestandsmerkmal erfüllt, es wird auch vom Vorsatz umfasst sein. Denn die Partei weiss zumindest um die Möglichkeit, dass ihre Erklärung unzutreffend sein könnte, und muss sich mit der Verwirklichung des objektiven Tatbestandsmerkmals abfinden, wenn sie die Erklärung trotzdem abgibt.
- 285 Zum anderen auf die Konstellation, dass die Partei im Verlauf des Zivilprozesses erkennt, dass ihre abgegebene Erklärung über Tatsachen unzutreffend ist, sei es, weil sich die tatsächlichen Umstände geändert haben, sei es, weil sie neue Erkenntnisse über die tatsächlichen Umstände gewonnen hat.<sup>680</sup> Ausgehend davon, dass für die Beurteilung des Erklärungswerts das Verhalten bis zum Zeitpunkt zu berücksichtigen ist, ab dem die Partei die Erklärung nicht mehr zivilprozessual wirksam korrigieren kann,<sup>681</sup> ist dieser Zeitpunkt massgebend für die Frage, ob Vorsatz vorliegt oder nicht. Indem die Partei die unzutreffende Erklärung über Tatsachen nicht korrigiert, solange sie dies zivilprozessual tun kann, manifestiert sie ihren Willen zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandsmerkmals.

## **B. In Bezug auf die Arglist**

- 286 Vorsatz hinsichtlich der Arglist «(...) setzt die Kenntnis des die Arglist begründenden Sachverhalts voraus»<sup>682</sup>. Der Täter muss also insbesondere die Möglichkeit erkennen, dass die hergestellten oder verwendeten Beweismittel an sich geeignet sind, die unzutreffende Tatsachenbehauptung zu beweisen,<sup>683</sup> und sich damit mindestens abfinden. Davon ist auszugehen, liegt doch

---

<sup>679</sup> Siehe zum Ganzen vorn N 60.

<sup>680</sup> Siehe vorn N 80 f.

<sup>681</sup> Siehe vorn N 80.

<sup>682</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 110; vgl. BGE 122 IV 246, E. 3c; BGE 128 IV 18, E. 3b; CASSANI, Begriff der arglistigen Täuschung, S. 164 f.; DONATSCH, Strafrecht III, S. 243.

<sup>683</sup> Siehe vorn N 138.

der Zweck von Beweismitteln gerade darin, – hier unzutreffende – Tatsachenbehauptungen zu beweisen.

### C. In Bezug auf den Irrtum

Zuweilen wird die Tathandlung beim Betrug als Verhalten umschrieben, 287  
 «(...) *das darauf gerichtet ist*, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen»<sup>684</sup>. Ob und gegebenenfalls worauf das Verhalten gerichtet ist, ist als inneres, psychisches Merkmal keine Frage des objektiven, sondern eine solche des subjektiven Tatbestands.<sup>685</sup> Die Umschreibung bringt nichts anderes zum Ausdruck, als dass der Vorsatz insbesondere den Irrtum beim Getäuschten sowie den Kausal- und Motivationszusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Irrtum beim Getäuschten umfassen muss.

Dazu ist zu bemerken, dass die Partei, die im Zivilprozess eine unzutreffende 288  
 Tatsachenbehauptung aufstellt, regelmässig die Möglichkeit erkennen und sich mit deren Verwirklichung zumindest abfinden dürfte, dass das Gericht in der Folge einem Irrtum erliegt. Tatsachenbehauptungen im Zivilprozess werden nicht zum Selbstzweck aufgestellt. Ihr Zweck liegt vielmehr darin, dem Gericht das tatsächliche Fundament eines Entscheids beizubringen. Bleibt die unzutreffende Tatsachenbehauptung unstreitig, darf und muss das Gericht diese grundsätzlich als wahr betrachten und die mit der unzutreffenden Tatsachenbehauptung erklärten Tatsachen feststellen.<sup>686</sup> Auf einen Irrtum des Gerichts legt es die Partei erst recht an, wenn sie für die unzutreffende Tatsachenbehauptung den Beweis antritt.

### D. In Bezug auf die Vermögensverfügung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, erfasst Art. 146 StGB den Pro- 289  
 zessbetrug nicht, weil es dem Gericht an der erforderlichen Verfügungsmacht fehlt.<sup>687</sup> Eine Partei kann deshalb höchstens irrig annehmen, ihr Verhalten sei

<sup>684</sup> BGE 135 IV 76, E. 5.1 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 146 N 2; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 4.

<sup>685</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, S. 111 f.

<sup>686</sup> Siehe vorn N 152 f. Vgl. a.M. PIECH, S. 115, wonach nicht auszuschliessen ist, dass eine Partei den Willen hat, dass die unzutreffende Tatsachenbehauptung nur dann Einfluss auf die richterliche Entscheidung finden soll, wenn sie auch der Wahrheit entspricht.

<sup>687</sup> Siehe vorn N 195.

nach Art. 146 StGB strafbar. Dabei handelt es sich um einen umgekehrten direkten Subsumtionsirrtum, bei dem ihr Wille auf die Verwirklichung eines Sachverhalts gerichtet ist, der den Straftatbestand nicht erfüllt (sog. *Wahndelikt*).<sup>688</sup> Dieser Wille kann keinen strafrechtlich relevanten Vorsatz bezüglich Art. 146 StGB bilden.<sup>689</sup>

### E. In Bezug auf den Vermögensschaden

- 290 Nachdem hier zum objektiven Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens umfangreiche Ausführungen gemacht worden sind,<sup>690</sup> stellt sich unweigerlich die Frage, inwieweit für den Vorsatz das Bewusstsein der Wertungen erforderlich ist, die auch das objektive Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens enthält.<sup>691</sup> «Das für den Vorsatz notwendige Wissen (...) verlangt, soweit es sich auf Tatbestandsmerkmale bezieht, deren Verständnis eine Wertung voraussetzt, nicht die juristisch exakte Erfassung des gesetzlichen Begriffs. Vielmehr genügt es, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. *Parallelwertung in der Laiensphäre*). Er muss also die Tatbestandsmerkmale nicht in ihrem genauen rechtlichen Gehalt erfassen, sondern lediglich eine zutreffende Vorstellung von der sozialen Bedeutung seines Handelns haben. Die dem Merkmal innewohnende rechtliche Wertung muss bloss in dem Umfang vollzogen werden, als es für einen Nichtjuristen möglich ist.»<sup>692</sup> Für den Vermögensschaden heisst das, um Vorsatz zu bejahen, reicht es aus, wenn der Täter den Umstand, mit dem der Vermögensschaden begründet wird, als Nachteil für den Geschädigten erkennt.<sup>693</sup> Dass er die vermögensmindernde Wirkung dieses Nachteils nicht erkennt, schadet als (unbeachtlicher) Subsumtionsirrtum nicht.<sup>694</sup>

---

<sup>688</sup> Vgl. BGE 120 IV 199, E. 3e; DONATSCH/TAG, S. 150; DUPUIS et al., PC CP, Art. 21 N 18, Vor Art. 22–23 N 4; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 278; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 1005; HURTADO POZO, CR CP I, Art. 22 N 39; NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 22 N 5; SEELMANN, S. 92, S. 129; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 12 N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 22 StGB N 2; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 21 N 17.

<sup>689</sup> Vgl. STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 12 N 20.

<sup>690</sup> Siehe vorn N 198 ff.

<sup>691</sup> Vgl. STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 9 N 67.

<sup>692</sup> BGE 129 IV 238, E. 3.2.2 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>693</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 209.

<sup>694</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 209.



Im Zivilprozess liegt der Nachteil, dem eine vermögensmindernde Wirkung beigelegt wird, in der Änderung der Prozesslage bzw. in deren Verschlechterung,<sup>695</sup> die sich im Unterliegen der betreffenden Partei ausdrückt, sei es im Rahmen eines Entscheids, einer prozessleitenden Verfügung oder eines Realakts des Gerichts. Ein Umstand, der für jede Partei leicht erkennbar sein dürfte, womit auch regelmässig vom Vorsatz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens ausgegangen werden kann. Fraglich ist, inwieweit die Partei eine Vorstellung über die Höhe des Schadens hat, was im Rahmen der Strafzumessung<sup>696</sup> und der Anwendung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB strafrechtlich relevant ist. Die Frage wird deshalb im Einzelfall beantwortet werden müssen.

## 2. Absicht unrechtmässiger Bereicherung

Im Rahmen des subjektiven Tatbestands ist sodann die Bedeutung der beim Betrug geforderten Absicht unrechtmässiger Bereicherung für den Prozessbetrug zu klären.

### A. Stoffgleiche Bereicherung

Bereicherung ist jeder Vermögensvorteil i.S. des strafrechtlichen Vermögensbegriffs.<sup>697</sup> Um dem Wesen des Betrugs als *Vermögensverschiebungsdelikt*<sup>698</sup> gerecht zu werden, muss die Absicht des Täters darin bestehen, gerade denjenigen Vermögensbestandteil für sein Vermögen oder das eines anderen zu

<sup>695</sup> Siehe vorn N 267.

<sup>696</sup> Vgl. BGE 75 IV 105; BGE 78 IV 134, E. 1; BGE 118 IV 18, E. 1c/bb; BGer, Urteil v. 19.6.2000, 6S.170/2000, E. 4b; BGer, Urteil v. 3.5.2004, 6S.90/2004, E. 1.2.3; BGer, Urteil v. 16.2.2007, 6P.66/2006, 6S.127/2006, E. 5.2; BGer, Urteil v. 21.6.2011, 6B\_1071/2010, E. 7.2.4; BGer, Urteil v. 26.1.2015, 6B\_157/2014, E. 3.2; BGer, Urteil 2.4.2015, 6B\_964/2014, E. 1.4.3; QUELOZ/HUMBERT, CR CP I, Art. 47 N 16; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 47 StGB N 5; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 47 N 18; WIPRÄCHTIGER/KELLER, BSK StGB I, Art. 47 N 91.

<sup>697</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 102; NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Vor Art. 137 N 78; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 61; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Vor Art. 137 N 12.

<sup>698</sup> BGE 122 IV 197, E. 2c; BGer, Urteil v. 17.5.2005, 1P.64/2005, E. 4.1.1; ACKERMANN/D'ADDARIO DI PAOLO, S. 1110; HUMBEL, S. 129; NIGGLI, Kursmanipulation, S. 401 ff.; VÖLGER, S. 163; WOHLERS, Stoffgleichheit, S. 116.

erlangen, der dem Geschädigten entzogen wird (Grundsatz der sog. *Stoffgleichheit*).<sup>699</sup>

- 294 Ein Grund, weshalb die Verbesserung der Prozesslage nicht genauso geeignet sein soll, vermögenserhöhend zu wirken, wie die Verschlechterung der Prozesslage geeignet ist, vermögensmindernd zu wirken, ist nicht ersichtlich.<sup>700</sup> Und weil grundsätzlich davon auszugehen ist, dass eine Verschlechterung der Prozesslage seitens der einen Partei gleichzeitig zu einer Verbesserung der Prozesslage seitens der anderen Partei führt, ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der entsprechende Vermögensvorteil auf der einen Seite nicht genau dem Vermögensnachteil auf der anderen Seite entsprechen soll, mithin von einer Vermögensverschiebung gesprochen werden kann. Die Vermögensverschiebung erstreckt sich auch auf die Prozesskosten, deren Verteilung sich grundsätzlich akzessorisch zur Prozesslage verhält.<sup>701</sup>
- 295 Das Erfordernis der Stoffgleichheit wird von PIECH als problematisch erachtet, soweit der Vermögensschaden – aus dem die Bereicherung fließen muss – darauf beruht, dass «(...) das Gericht aufgrund der Täuschung einen Beweisbeschluss erläßt und anordnet, daß die Ladung des Zeugen von einer Vorschußzahlung durch die beweisbelastete Partei abhängt (...). Da die beweisbelastete Partei, um den Prozeß nicht zu verlieren, faktisch gezwungen ist, den Vorschuß zu zahlen, führt die Anordnung des Gerichts zu einem Vermögensschaden der beweisbelasteten Partei; dieses kann jedoch nicht zu einer günstigeren Gestaltung der Vermögenslage der täuschenden Partei führen.»<sup>702</sup> Vorliegend wurde offengelassen, ob die Anordnung, für die Beweiserhebungen einen Kostenvorschuss zu leisten, (zusätzlich zur Bestreitung) vermögensmindernde Wirkung hat, weil das Gericht in Bezug auf den Umstand, weswegen es überhaupt zu einer Beweiserhebung kommt – Streitig-

---

<sup>699</sup> BGE 134 IV 210, E. 5.3; ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 193 ff.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 146 N 41; DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 244; E. HAFTER, *Besonderer Teil I*, S. 273; HÄRING, S. 1598 f.; HUMBEL, S. 129; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1213; KÄSER, N 265; LOGOZ, *Partie spéciale I*, S. 159; NIGGLI, *Kursmanipulation*, S. 401 ff.; NOLL, *Besonderer Teil I*, S. 205 f.; SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 102 ff.; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 62; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 17; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Vor Art. 137 N 13; VÖLGER, S. 163; WOHLERS, *Stoffgleichheit*, S. 116.

<sup>700</sup> Vgl. PIECH, S. 116.

<sup>701</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 243. Siehe auch vorn N 263, N 265.

<sup>702</sup> PIECH, S. 117; vgl. PIECH, S. 99 f.; vgl. auch KRELL, S. 108, der die *Absicht* problematisiert.

keit der Tatsachenbehauptung zufolge Bestreitens –, kaum irren kann.<sup>703</sup> Prozessbetrug durch Erwirken eines Entscheids über die Leistung von Vorschüssen wurde deshalb – im objektiven Tatbestand – genauso ausgeschlossen wie derjenige durch Erwirken einer Beweisverfügung.<sup>704</sup> Es fehlt an einem tatbestandsmässigen Schaden. Eine daraus fliessende Bereicherung ist unter diesen Umständen nicht denkbar.

Anders ist die Ausgangslage bei Entscheiden über die Leistung von Sicherheiten, welche einen tatbestandsmässigen Vermögensschaden begründen können.<sup>705</sup> Eine Bereicherung aus diesem Schaden ist also denkbar. Das Vermögen des Beklagten, der das Gericht mit unzutreffenden Tatsachenbehauptungen und falschen Beweismitteln dazu bringt, vom Kläger Sicherheit zu verlangen, wird durch die dem Kläger auferlegte Obliegenheit, Sicherheit zu leisten, insofern aufgewertet, als das Risiko, dass im Fall ihres Obsiegens die ihr zugesprochene Parteientschädigung nicht einbringlich ist, eliminiert wird.<sup>706</sup> Von Stoffgleichheit ist auszugehen, weil sich die Vermögensverfügung auf die gleiche Vermögensposition auswirkt. Bei der einen Partei vermindert sich ihr Wert als Passive, bei der anderen Partei als Aktive.

## B. Unrechtmässigkeit

Die stoffgleiche Bereicherung muss weiter *«unrechtmässig»* sein. Nach ganz herrschender Lehre besteht die Unrechtmässigkeit einer Bereicherung darin, dass «(...) sie im Widerspruch zu einer oder mehreren Rechtsnormen steht»<sup>707</sup>, kurz: der Rechtsordnung zuwiderläuft.<sup>708</sup>

Muss die Bereicherung beim Prozessbetrug immer auf eine vorsätzliche unzutreffende Tatsachenbehauptung zurückzuführen sein,<sup>709</sup> steht sie immer auch im Widerspruch zu Rechtsnormen, namentlich zum Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilprozess. Demnach wäre die Unrechtmässigkeit der Bereicherung immer zu bejahen. Allerdings darf sich die Unrechtmässigkeit

<sup>703</sup> Siehe vorn N 244.

<sup>704</sup> Siehe vorn N 240, N 244.

<sup>705</sup> Siehe vorn N 245 f.

<sup>706</sup> Vgl. CORBOZ, *Infractions I*, Art. 138 N 14: «(...) [I]l y a enrichissement si l'auteur échappe à un risque patrimonial concret (...)»

<sup>707</sup> DONATSCH, *Strafrecht III*, S. 103 m.w.H.

<sup>708</sup> CASSANI, *La protection*, S. 94 f.; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 138 N 15; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 809; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 13 N 35.

<sup>709</sup> Siehe vorn N 197, N 281, N 283.

nicht aus der Tat selbst oder aus einem daraus entstehenden Schaden ergeben, ansonsten das Merkmal sinnlos wäre.<sup>710</sup> Die Bereicherung soll «(...) *in sich* <unrechtmässig> sein»<sup>711</sup>.

- 299 Diesen Umstand übergehen SCHUBARTH/ALBRECHT wohl, wenn sie zu den Beispielen, dass sich der Täter den Betrag einer verjährten Forderung, den Heiratsmäklerin oder seinen Spiel-/Wettgewinn nimmt, aufgrund der Regelung, dass freiwillige Bezahlung einer Naturalobligation eine Rückforderung ausschliesst, annehmen, dass die rechtliche Billigung der Vermögensverschiebung gerade diese Freiwilligkeit voraussetzt, in den genannten Konstellationen die Rechtsordnung also die Vermögensverschiebung missbilligt, mithin Bereicherungsabsicht zu bejahen ist.<sup>712</sup> «Die rechtliche Billigung des Anspruchs auf die *Freiwilligkeit* der Zahlung zu stützen (...), dürfte nicht richtig sein, weil dies die Unrechtmässigkeit wiederum auf die Tat selbst zurückführt (...).»<sup>713</sup> Auch ARZT scheint die Unrechtmässigkeit letztlich auf die Tat selbst zurückzuführen, wenn er im Zusammenhang der erreichten Erfüllung *durch* Beweismittelbetrug auf die wirtschaftliche Betrachtung referiert.<sup>714</sup>
- 300 Das Bundesgericht nimmt das Argument in einem unlängst ergangenen Entscheid betreffend versuchten Prozessbetrug – Fallbeispiel «Nel frattempo deceduta»<sup>715</sup> – auf: «Il carattere indebito non risulta già solo dalle modalità dell'ottenimento del profitto, ma piuttosto dal fatto che quest'ultimo è contrario all'ordine giuridico.»<sup>716</sup> Wenn es nicht (allein) auf die Umstände der Erlangung der Bereicherung ankommen darf, sondern vielmehr darauf ankommen muss, ob die Bereicherung dem «ordine giuridico» widerspricht, kann damit in diesem Zusammenhang doch nur das materielle Zivilrecht gemeint sein: «Nell'ambito della truffa processuale, lo scopo di indebito pro-

---

<sup>710</sup> NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Vor Art. 137 N 84; vgl. GERMANN, S. 255; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 13 N 35; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Vor Art. 137 N 17.

<sup>711</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 13 N 35.

<sup>712</sup> SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 137 StGB N 105.

<sup>713</sup> NIGGLI/RIEDO, BSK StGB II, Vor Art. 137 N 85 m.w.H.

<sup>714</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 201.

<sup>715</sup> Siehe vorn N 34.

<sup>716</sup> BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, E. 5.1 (= SJ 2014 I, S. 201 ff.: «Or ce caractère indu ne peut pas être déduit des seules modalités de son obtention; il faut encore qu'il soit contraire à l'ordre juridique.»).

fitto sussiste qualora l'autore aspiri a ottenere una decisione che non corrisponde alla *situazione giuridica materiale* (...).»<sup>717</sup>

Das führt im Ergebnis dazu, dass für das Merkmal der Unrechtmässigkeit der stoffgleichen Bereicherung beim Prozessbetrug einzig das materielle Recht von Bedeutung ist.<sup>718</sup> Mithin fehlt es an der Unrechtmässigkeit immer dann, wenn die Bereicherung materiell-rechtlich begründet ist. 301

### C. Absicht

Die «Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern», ist als besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal vom Vorsatz zu unterscheiden. Im Gegensatz zu diesem kennt sie kein «Gegenstück» im objektiven Tatbestand.<sup>719</sup> Solche subjektive Tatbestandsmerkmale schiessen also gleichsam über den objektiven Tatbestand hinaus.<sup>720</sup> Entsprechende Delikte werden deshalb auch als Delikte mit *überschiessender Innentendenz* bezeichnet.<sup>721</sup> Im Einzelnen ist allerdings vieles umstritten.<sup>722</sup> Beim Prozessbetrug geben vor allem zwei Konstellationen Anlass zur Diskussion:<sup>723</sup> 302

#### a) Selbsthilfebetrug im engeren Sinn

Einmal der Fall, dass die sich arglistig verhaltende Partei davon überzeugt ist, dass der geltend gemachte Anspruch materiell-rechtlich geschützt bzw. der bestrittene Anspruch nicht geschützt ist. Die Konstellation kann als *Selbsthilfebetrug i.e.S.* bezeichnet werden. 303

<sup>717</sup> BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, E. 5.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt; = SJ 2014 I, S. 201 ff.: «En matière d'escroquerie au procès, le dessein d'enrichissement illégitime n'existe que si l'auteur cherche à obtenir un jugement qui ne correspond pas au droit matériel (...).»).

<sup>718</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 239; vgl. auch PIECH, S. 110, S. 118.

<sup>719</sup> SEELMANN, S. 62; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 117.

<sup>720</sup> SEELMANN, S. 62.

<sup>721</sup> DONATSCH/TAG, S. 123; RIKLIN, § 9 N 37; SEELMANN, S. 62; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 12 N 20; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 103.

<sup>722</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 76; SEELMANN, S. 62; vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 202; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 117 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, PK StGB, Art. 12 N 20.

<sup>723</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 201, N 207, N 211; KRELL, S. 107; PIECH, S. 112 f.; D. RÜETSCHI, S. 239.

- <sup>304</sup> Nach dem bereits einleitend Ausgeführten ist festzuhalten, dass es im Rahmen der Absicht unrechtmässiger Bereicherung allein auf die Sicht des Täters ankommen kann.<sup>724</sup> Über das Vorliegen der Absicht unrechtmässiger Bereicherung entscheidet also die Sicht der sich arglistig verhaltenden Partei über die materiell-rechtliche Lage,<sup>725</sup> und nicht die tatsächliche materiell-rechtliche Lage. Ist die sich arglistig verhaltende Partei davon *überzeugt*, im (materiellen) Recht zu sein, fehlt es demnach an der Absicht unrechtmässiger Bereicherung.<sup>726</sup>

### **b) Selbsthilfebetrug im weiteren Sinn**

- <sup>305</sup> Im zweiten Fall – die Konstellation kann als *Selbsthilfebetrug i.w.S.* bezeichnet werden – zweifelt die Partei daran, im (materiellen) Recht zu sein. Sie ist sich mit anderen Worten der Möglichkeit eines Vermögensvorteils, der vom materiell-rechtlichen Schutz nicht gedeckt ist, mithin der Möglichkeit einer unrechtmässigen Bereicherung,<sup>727</sup> bewusst, und handelt dennoch. Es fragt sich, ob das zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals der Absicht unrechtmässiger Bereicherung genügt.
- <sup>306</sup> Das Bundesgericht legte die Absicht in seiner früheren Rechtsprechung zunächst analog zum Vorsatz aus.<sup>728</sup> «Absicht ist eine besondere Art des Vorsatzes. Daher genügt, wie der eventuelle Vorsatz im allgemeinen, die eventuelle Absicht.»<sup>729</sup> «Sie liegt dann vor, wenn dem Täter die Möglichkeit der Bereicherung bewusst ist und er sie für den Fall, dass sie eintrete, billigt.»<sup>730</sup> Mit BGE 101 IV 177 präzisierete<sup>731</sup> das Bundesgericht seine Auslegung: «Auch diese Rechtsprechung setzt aber voraus, dass die Absicht des Täters selbst dann, wenn er die Bereicherung bloss für möglich hält, auf Erlangung

---

<sup>724</sup> BGE 105 IV 29, E. 3a; CORBOZ, *Infractions I*, Art. 138 N 13; HURTADO POZO, *Partie spéciale*, N 1213.

<sup>725</sup> Siehe vorn N 301.

<sup>726</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, E. 5.1 (= SJ 2014 I, S. 201 ff.); vgl. auch KRELL, S. 107; PIECH, S. 112 f.; D. RÜETSCHI, S. 239.

<sup>727</sup> Siehe vorn N 301.

<sup>728</sup> AFFOLTER-EJSTEN, S. 77.

<sup>729</sup> BGE 69 IV 75, E. 8; vgl. BGE 74 IV 40 E. 2.

<sup>730</sup> BGE 72 IV 121, E. 3; vgl. BGE 74 IV 40 E. 2.

<sup>731</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 64 («präzisierend hinzugefügt»); vgl. aber auch AFFOLTER-EJSTEN, S. 77: «(...) [D]as Bundesgericht [bedient sich] in diesem Entscheid [BGE 101 IV 177] einer sehr vorsichtigen und auch verwirrenden Ausdrucksweise (...)»

des Vorteils gerichtet ist; er will die Bereicherung für den Fall, dass sie eintritt. Anders verhält es sich, wenn die Erlangung des Vorteils nur eine notwendige, dem Täter vielleicht höchst unerwünschte Nebenfolge eines von ihm erstrebten anderen Erfolges ist (...).»<sup>732</sup> Nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht beim Betrug *Eventualabsicht* bezüglich der unrechtmässigen Bereicherung aus.<sup>733</sup> Sie wird angenommen, «(...) wenn sich der Täter der Möglichkeit eines unrechtmässigen Vermögensvorteils bewusst ist, er diesen für den Fall des Eintritts *will* und nicht bloss als eine notwendige, vielleicht höchst unerwünschte Nebenfolge eines von ihm angestrebten anderen Erfolgs hinnimmt (...).»<sup>734</sup>

Für ARZT ist der Begriff der Eventualabsicht «(...) alt, verwirrend und entbehrlich»<sup>735</sup>. Im Fall etwa, in dem die Rechtswidrigkeit der Schädigung und damit auch die Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung zweifelhaft sei, liege das Problem nicht bei der Eventualabsicht, sondern beim Vorsatz,<sup>736</sup> und in dessen Zusammenhang wirft er die Frage auf: «Wie soll man denn einen zweifelhaften Anspruch durchsetzen, ohne die Bereicherung auch für den Fall zu wollen, dass der Anspruch nicht existiert?»<sup>737</sup> Die Frage stellt sich jedoch erst, wenn «man» diesen zweifelhaften Anspruch arglistig durchzusetzen sucht. Weshalb die «natürliche»<sup>738</sup> Bejahung der «eventuellen Absicht» die Rechtsverfolgung in zweifelhaften Fällen kaum noch möglich machen soll,<sup>739</sup> ist indes nicht ersichtlich. Sie macht sie höchstens dort unmöglich, wo sie arglistig geschieht.

<sup>732</sup> BGE 101 IV 177 E. II.8 m.w.H.; vgl. BGE 102 IV 83, E. 1; BGE 105 IV 330 E. 2c.

<sup>733</sup> BGer, Urteil v. 28.9.2003, 6S.407/2002, E. 1.3; BGer, Urteil v. 3.7.2004, 6P.29/2004, 6S.84/2004, E. 3.2; BGer, Urteil v. 25.10.2010, 6B\_689/2010, 6B\_690/2010, E. 4.1; BGer, Urteil v. 11.11.2014, 6B\_546/2014, E. 1.6.2; BGer, Urteil v. 19.8.2015, 6B\_1160/2014, E. 7.8.1.

<sup>734</sup> BGer, Urteil v. 25.10.2010, 6B\_689/2010, 6B\_690/2010, E. 4.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>735</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 206.

<sup>736</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 207; vgl. GERMANN, S. 280, der von «*dolus eventualis*» bezüglich der Unrechtmässigkeit des Vorteils spricht; NOLL, Besonderer Teil I, S. 205 («Vorsatz der Unrechtmässigkeit» der Bereicherung); vgl. aber auch KRELL, S. 108, nach welchem der Irrtum, trotz der Täuschung im Recht zu sein, bereits zum fehlenden Schädigungsvorsatz führe.

<sup>737</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 211.

<sup>738</sup> Vgl. STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 65.

<sup>739</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 211.

- 308 AFFOLTER-EIJSTEN schliesst aus der erwähnten<sup>740</sup> bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Absicht analog dem Eventualvorsatz nicht ausreicht.<sup>741</sup> In Frage komme nur «(...) eine der schärfsten Vorsatzart entsprechenden Absicht (...)»<sup>742</sup>. Trotz der verwirrenden und ungenauen Ausführungen des Bundesgerichts habe es damit «(...) wohl richtig erkannt, dass die ratio legis (...) Absicht im Sinne von zielgerichtetem Willen verlangt»<sup>743</sup>.
- 309 DONATSCH hält zunächst fest, dass beim Betrug nach herrschender Lehre – und entgegen der Meinung von STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER<sup>744</sup> – die «eventuelle Absicht» genüge, und bezieht sich dabei insbesondere auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung, allerdings nur auf die früheren Entscheide,<sup>745</sup> denen die Präzisierung fehlt, die das Bundesgericht in BGE 101 IV 177 vorgenommen hat.<sup>746</sup> Eine Würdigung der im Anschluss zitierten Passagen aus den neueren erwähnten<sup>747</sup> Entscheiden bleibt aus.<sup>748</sup> Es ist somit unklar, was DONATSCH unter «eventueller Absicht» genau versteht.
- 310 Nach SCHUBARTH/ALBRECHT ist – radikal<sup>749</sup> – lediglich zu verlangen, dass der Täter *Vorsatz* der Bereicherung hat, wobei jede Vorsatzform genügen soll.<sup>750</sup> Die erwähnte<sup>751</sup> neuere, «präzisierende» bundesgerichtliche Rechtsprechung lehnen sie ab.<sup>752</sup>
- 311 NIGGLI/MAEDER weisen auf die unterschiedlichen Auffassungen bezüglich der Behandlung der Absicht hin und schliessen sich endlich der Meinung von STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER an.<sup>753</sup> Sie betonen, dass gerade im

---

<sup>740</sup> Soweit in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide.

<sup>741</sup> AFFOLTER-EIJSTEN, S. 77 ff.

<sup>742</sup> AFFOLTER-EIJSTEN, S. 77.

<sup>743</sup> AFFOLTER-EIJSTEN, S. 78.

<sup>744</sup> Vgl. DONATSCH, Strafrecht III, S. 244 Fn. 748.

<sup>745</sup> Nämlich BGE 69 IV 80; BGE 72 IV 125; BGE 74 IV 45 ff.; vgl. DONATSCH, Strafrecht III, S. 244 Fn. 748.

<sup>746</sup> Siehe vorn N 306.

<sup>747</sup> Soweit in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide.

<sup>748</sup> Vgl. DONATSCH, Strafrecht III, S. 244 Fn. 749.

<sup>749</sup> Vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 146 N 202.

<sup>750</sup> SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 107.

<sup>751</sup> Soweit in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide.

<sup>752</sup> SCHUBARTH/ALBRECHT, aArt. 148 StGB N 108.

<sup>753</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 77 ff.



Vermögensstrafrecht «(...) eine Eventualabsicht auf Bereicherung schlicht nicht genügen [kann]»<sup>754</sup>.

STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER halten die erwähnte<sup>755</sup> bundesgerichtliche Rechtsprechung – so, wie sie sie interpretieren – inhaltlich für richtig, wollen diesbezüglich aber nicht von «eventueller Absicht» sprechen.<sup>756</sup> «Die Bereicherung muss vielmehr stets *bezweckt* sein, auch wenn nicht feststeht, ob sie eintreten wird.»<sup>757</sup> Lediglich bezüglich der Unrechtmässigkeit der Bereicherung reiche eine «eventuelle Absicht» aus, beispielsweise «(...) wenn der Täter nicht sicher ist, einen Anspruch auf den erstrebten Vorteil zu haben (...)»<sup>758</sup>. 312

Das differenzierte Verständnis von STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER ist 313 überzeugend. Es scheint dem Charakter des Betrugs als Vermögensverschiebungsdelikt am ehesten gerecht zu werden,<sup>759</sup> ohne dabei die Anforderungen an die Absicht unrechtmässiger Bereicherung zu überziehen, soweit es um die Unrechtmässigkeit der angestrebten Bereicherung geht. Ausserdem wird zu Recht darauf hingewiesen, dass bei fehlender Absicht unrechtmässiger Bereicherung Art. 151 StGB eingreifen kann.<sup>760</sup>

Bezüglich der Prozesskosten ist nach alldem anzunehmen, dass es regelmä- 314 ssig an der Absicht unrechtmässiger Bereicherung fehlen dürfte, weil Prozesskosten für die Parteien üblicherweise bloss unvermeidbare Nebenfolge

<sup>754</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 80.

<sup>755</sup> Soweit in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide.

<sup>756</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 64; vgl. STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 124.

<sup>757</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 64 m.H.a. BGE 126 IV 165, E. 4; vgl. STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 123.

<sup>758</sup> STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 13 N 37; vgl. STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 124 Fn. 185; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 65; vgl. auch bereits GERMANN, S. 280; NOLL, Besonderer Teil I, S. 205; vgl. ferner BGE 105 IV 29, E. 3a; vgl. aber auch BGer, Urteil v. 28.9.2003, 6S.407/2002, E. 1.3 (Hervorhebung hinzugefügt): «Sie [die Eventualabsicht der unrechtmässigen Bereicherung] ist *etwa* gegeben, wenn der Täter in Kauf nimmt, dass die von ihm angestrebte Bereicherung eine unrechtmässige ist.»

<sup>759</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 80; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 64.

<sup>760</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 80; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 15 N 64. Siehe auch hinten N 319.

des von ihnen angestrebten Hauptsachenentscheids sind,<sup>761</sup> kurz gesagt: «Die Parteien prozessieren nicht um der Kosten willen.»<sup>762</sup>

- 315 Im Übrigen ist Absicht unrechtmässiger Bereicherung während der ganzen Dauer des Zivilprozesses anzunehmen, auch wenn sich der angestrebte Vorteil letztlich aus dem Endentscheid ergeben soll. Denn «(...) tauglicher Gegenstand einer unrechtmässigen Bereicherung im Sinne des Art. 146 StGB [ist] nicht nur der Vorteil (...), den der Täter als Endziel seines Handelns anstrebt, sondern darüber hinaus alle Bereicherungen, die keine unerwünschte Nebenfolge, sondern ein notwendiges Zwischenziel darstellen, das zwingend erreicht werden muss, damit die vom Täter als Endziel angestrebte Bereicherung realisiert werden kann: Wer die Absicht hat, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, muss zwangsläufig auch die Absicht haben, die Zwischenziele zu erreichen, die er auf dem Weg hin zu diesem Endziel zwingend durchschreiten muss (...).»<sup>763</sup> In der Regel sind sämtliche Prozesshandlungen des Gerichts Zwischenziele, die auf dem Weg zum Endentscheid zwingend durchschritten werden müssen. Deshalb kann Absicht auf Bereicherung aus dem Schaden, der bei den einzelnen Prozesshandlungen des Gerichts entsteht, angenommen werden.

### III. Ergebnisse des 2. Kapitels

- 316 Die Ergebnisse des 2. Kapitels können wie folgt zusammengefasst werden: Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung wird vertreten, dass die im objektiven Tatbestand von Art. 146 StGB geforderte Verfügungsmacht des Irrenden der Subsumtion des untersuchten Verhaltens unter den Tatbestand im Weg steht.<sup>764</sup> Für die Partei, die ihr Verhalten dennoch für strafbar i.S.v. Art. 146 StGB hält, handelt es sich um ein (strafloses) Wahndelikt.<sup>765</sup>

---

<sup>761</sup> Vgl. a.M. D. RÜETSCHI, S. 243, ohne allerdings näher auf die entsprechende *Absicht* einzugehen.

<sup>762</sup> KRELL, S. 108; vgl. auch PIECH, S. 100.

<sup>763</sup> WOHLERS, Stoffgleichheit, S. 117 m.w.H.; vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 146 StGB N 17.

<sup>764</sup> Siehe vorn N 279.

<sup>765</sup> Siehe vorn N 289.

Auf die Untersuchung weiterer Einzelfragen, etwa die des Versuchs oder der Teilnahme,<sup>766</sup> wird bei diesem Stand verzichtet.<sup>317</sup>

---

<sup>766</sup> Vgl. dazu D. RÜETSCHI, S. 231 f., S. 240 f.



### 3. Kapitel: Strafbarkeit nach anderen Straftatbeständen

Nachdem sich im vorausgehenden Kapitel herausgestellt hat, dass sich das untersuchte Verhalten nicht unter Art. 146 StGB subsumieren lässt, fragt sich umso mehr, ob das untersuchte Verhalten allenfalls nach anderen Tatbeständen strafbar ist.<sup>767</sup> 318

#### I. Arglistige Vermögensschädigung

Der Straftatbestand der arglistigen Vermögensschädigung gemäss Art. 151 StGB ist ein Auffangtatbestand zum Straftatbestand des Betrugs gemäss Art. 146 StGB für Täter *ohne Bereicherungsabsicht*.<sup>768</sup> Es ist deshalb naheliegend, eine Strafbarkeit nach Art. 151 StGB in Betracht zu ziehen. Allerdings ist Art. 151 StGB im objektiven Tatbestand und bezüglich des Vorsatzes mit Art. 146 StGB identisch,<sup>769</sup> was auch heisst, dass sich das untersuchte Verhalten mangels Verfügungsmacht des Gerichts genauso wenig unter Art. 151 StGB subsumieren lässt wie unter Art. 146 StGB. 319

#### II. Strafbare Handlungen gegen die Ehre

Wenn das untersuchte Verhalten typischerweise die Abgabe einer unzutreffenden Erklärung über Tatsachen beinhaltet,<sup>770</sup> ist nicht auszuschliessen, dass die erklärten Tatsachen ehrenrührig sind. Man kommt also nicht umhin, auch eine Strafbarkeit wegen Ehrverletzung nach den Art. 173 ff. StGB in Betracht zu ziehen. Für das untersuchte Verhalten nicht typisch – weil dem 320

---

<sup>767</sup> Vgl. PIECH, S. 197 ff.

<sup>768</sup> ARZT, BSK StGB II, Art. 151 N 1; DONATSCH, Strafrecht III, S. 272; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 16 N 63, N 65; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 151 StGB N 1; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 151 N 1; vgl. BGE 134 IV 210, E. 5.3.

<sup>769</sup> DONATSCH, Strafrecht III, S. 272; vgl. ARZT, BSK StGB II, Art. 151 N 2; STRATENWERTH/G. JENNY/BOMMER, § 16 N 64 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 151 StGB N 1; TRECHSEL/CRAMERI, PK StGB, Art. 151 N 3 f.

<sup>770</sup> Siehe vorn N 48 ff.

angestrebten Zweck nicht zuträglich – sind demgegenüber nicht sachbezogene oder nicht auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunkts Notwendige beschränkte Ausführungen.<sup>771</sup> Auf sie soll in der vorliegenden Untersuchung nicht weiter eingegangen werden. Ausser Acht gelassen werden kann damit der Tatbestand der Beschimpfung nach Art. 177 StGB, denn entsprechendes Verhalten zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es in jedem Fall nicht sachbezogen und/oder nicht auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunkts Notwendige beschränkt ist. Im Vordergrund der Betrachtung stehen mithin der Tatbestand der Üblen Nachrede nach Art. 173 StGB und – als qualifizierte Üble Nachrede wider besseres Wissen<sup>772</sup> – der Tatbestand der Verleumdung nach Art. 174 StGB. Dabei gilt es in erster Linie auf den in diesem Zusammenhang bedeutenden allgemeinen Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB einzugehen, der Vorrang vor dem Entlastungsbeweis i.S.v. Art. 173 Ziff. 2 StGB hat.<sup>773</sup> Ist das in Frage stehende Verhalten jedenfalls gerechtfertigt, erübrigt sich die Prüfung, ob darin allenfalls eine ehrenrührige Äusserung i.S.v. Art. 173 f. StGB zu erblicken ist.<sup>774</sup>

## 1. Rechtfertigung ehrverletzender Äusserungen der Partei

- 321 Nach Art. 14 StGB verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist. Das Bundesgericht nennt in BGE 116 IV 211 – mit welchem Entscheid insofern eine Praxisänderung vorgenommen wurde, als sich eine Partei für ehrverletzende Äusserungen im Prozess überhaupt auf den Rechtfertigungsgrund berufen kann<sup>775</sup> – die Grenzen, innert welcher «(...) ehrverletzende Äusserungen im Rahmen einer prozessualen Auseinandersetzung prinzipiell durch [a] Art. 32 StGB in Verbindung mit den Regeln des entsprechenden Verfah-

---

<sup>771</sup> Vgl. dazu die Beispiele bei VON BÜREN, S. 85.

<sup>772</sup> Vgl. RIKLIN, BSK StGB II, Art. 174 N 1.

<sup>773</sup> Vgl. BGE 123 IV 97, E. 2c/aa; BGE 131 IV 154, E. 1.3.1; vgl. auch BGE 106 IV 179, E. 3b; BGE 108 IV 94, E. 2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 389; FREI, S. 99; SCHWARZENEGGER, S. 220.

<sup>774</sup> Vgl. BGE, Urteil v. 12.3.2012, 6B\_666/2011, E. 1.5.2.

<sup>775</sup> Vgl. BGE 116 IV 211, E. 4a; RIKLIN, BSK StGB II, Vor Art. 173 N 61; TRECHSEL/GETH, PK StGB, Art. 14 N 5.

rensrechts gerechtfertigt sein [können]»<sup>776</sup>: «Die Prozesspartei muss sich auf das für die Erläuterung ihres Standpunktes Notwendige beschränken; ihre Ausführungen müssen sachbezogen sein; Behauptungen dürfen nicht wider besseres Wissen aufgestellt und blossе Vermutungen müssen als solche bezeichnet werden.»<sup>777</sup> Diese Grenzen wurden in späteren Bundesgerichtsentscheiden ausgedehnt. Einerseits für den – hier nicht weiter interessierenden – Beschuldigten im Strafverfahren, der Beschuldigungen wider besseres Wissen bestreiten darf,<sup>778</sup> andererseits für das Zivilverfahren, in welchem Vermutungen – nach der hier verwendeten Terminologie *Mutmassungen*<sup>779</sup> – nicht als solche bezeichnet werden müssen – und nicht dürfen, wenn sie zivilprozessual wirksam sein sollen –, soweit es um im betreffenden (Zivil-)Verfahren zu beweisende oder zumindest glaubhaft zu machende Tatsachen geht.<sup>780</sup> Das hat zur Konsequenz, dass eine Strafbarkeit nach Art. 173 f. StGB für ehrenrührige Äusserungen im Zivilprozess ausgeschlossen ist, soweit sie sachbezogen sind, sich auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunktes Notwendige beschränken und nicht wider besseres Wissen erfolgen – unabhängig davon, ob sie zutreffen oder nicht.<sup>781</sup>

Aufgrund der Voraussetzung, dass die Äusserungen nicht wider besseres 322 Wissen erfolgen dürfen, damit allfällige einhergehende Ehrverletzungen gerechtfertigt sind, kommt es beim untersuchten Verhalten nun offensichtlich entscheidend auf das Wissen der Partei an. Die Formulierung «*wider besseres Wissen*» bringt zum Ausdruck, dass der Täter um das Nichtzutreffen der getätigten Äusserung sicher wissen muss.<sup>782</sup> «Das Bewusstsein, dass dies

<sup>776</sup> BGE 116 IV 211, E. 4a/bb. Art. 14 StGB entspricht seinem Gehalt nach grundsätzlich dem früheren aArt. 32 StGB, vgl. Botschaft Allgemeine Bestimmungen StGB, S. 2004; BGE 135 IV 177, E. 4; BGer, Urteil v. 15.3.2010, 6B\_1058/2009, E. 4.3; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_359/2011, E. 2.2.2; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 14 N 2; TRECHSEL/GETH, PK StGB, Art. 14 N 6.

<sup>777</sup> BGE 116 IV 211, E. 4a/bb.

<sup>778</sup> BGE 118 IV 248, E. 2d.

<sup>779</sup> Siehe vorn N 60.

<sup>780</sup> BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.4.3; vgl. KGer SG, Entscheid v. 23.1.2013, AK.2012.341, E. 4b/aa.

<sup>781</sup> Vgl. im Ergebnis bereits VON BÜREN, S. 85: «Sie [die Ehrverletzungsklagen] sind hingegen zu verschließen, wo die Äußerungen innerhalb der Sache verblieben sind.»

<sup>782</sup> Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 74.

bloss möglicherweise der Fall sein könnte, genügt nicht.»<sup>783</sup> Gerade bei Mutmassungen aber hat die Partei das Bewusstsein, dass diese bloss möglicherweise nicht zutreffen könnten. Das heisst, solange die Partei im Zivilprozess (sachbezogene und auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunkts Notwendige beschränkte) Mutmassungen äussert – die im Zivilprozess nicht als solche bezeichnet werden müssen bzw. dürfen<sup>784</sup> –, kann eine Strafbarkeit wegen Ehrverletzung ausgeschlossen werden; in Bezug auf Art. 174 StGB fehlt es schon an der Tatbestandsmässigkeit, hinsichtlich Art. 173 StGB wäre ein allenfalls tatbestandsmässiges Verhalten gerechtfertigt. Gibt die Partei demgegenüber sachbezogene, auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunkts Notwendige beschränkte, unzutreffende Erklärungen über Tatsachen ab, um deren Nichtzutreffen sie sicher weiss, kann sie sich nicht mehr auf den zivilprozessual begründeten Rechtfertigungsgrund berufen. Sind diese gegenüber dem Gericht erklärten Tatsachen ehrenrührig, verhält sich die Partei damit grundsätzlich tatbestandsmässig und rechtswidrig nicht nur i.S.v. Art. 173 StGB, sondern auch i.S.v. Art. 174 StGB, der als Qualifikation<sup>785</sup> Art. 173 StGB verdrängt.<sup>786</sup>

## 2. Rechtfertigung ehrverletzender Äusserungen des Rechtsanwalts

- 323 Fraglich ist, inwiefern diese aufgezeigten Grundsätze, die für die Prozesspartei gelten, auf den Rechtsanwalt anzuwenden sind, der eine Partei im Zivilprozess vertritt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu stellt sich wie folgt dar:
- 324 In BGE 118 IV 153 fasst das Bundesgericht den wesentlichen Inhalt von BGE 116 IV 211 eher beiläufig und ohne weitere Erklärung folgendermassen zusammen: «Auch Äusserungen anlässlich einer Sühneverhandlung können

---

<sup>783</sup> NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 12 N 74; vgl. BGE 76 IV 243; BGE 136 IV 170, E. 2.1; BGer, Urteil v. 26.11.2013, 1C\_661/2013, E. 2.1; DONATSCH/TAG, S. 122 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 9 N 114.

<sup>784</sup> Siehe vorn N 60.

<sup>785</sup> Siehe vorn N 320.

<sup>786</sup> Vgl. ACKERMANN, BSK StGB I, Art. 49 N 49 ff., insb. N 52 f.; DONATSCH/TAG, S. 416; RIKLIN, § 22 N 20; SEELMANN, S. 179 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 18 N 1, N 3 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Vor Art. 49 StGB N 2 f.; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 291.



jedenfalls in gewissen Grenzen aufgrund der Funktion dieser Einrichtung gerechtfertigt sein; ebenso *Äusserungen des Anwaltes* oder einer Prozesspartei, vorgebracht *im Rahmen der ihnen obliegenden prozessualen Darlegungs- und Begründungspflicht* (...).»<sup>787</sup> Das wird in BGE 118 IV 248 bestätigt: «Même si l'on devait considérer qu'il y a atteinte à l'honneur, la jurisprudence admet qu'elle peut être justifiée (...) par l'obligation d'alléguer dans le cadre d'une procédure judiciaire (...), dont l'avocat peut également se prévaloir (...).»<sup>788</sup>

In einem nicht amtlich publizierten Entscheid vom 2. Mai 2005 erwägt das Bundesgericht dann folgendes: «Tatbestandsmässige Äusserungen in einem Gerichtsverfahren können gemäss [a]Art. 32 StGB in Verbindung mit den Vorschriften des massgebenden Prozessrechts gerechtfertigt sein, sofern sie den gebotenen Sachbezug haben und nicht über das Notwendige hinausgehen, der Täter nicht wider besseres Wissen handelt und bloss Vermutungen als solche bezeichnet. Diese Rechtsprechung gilt namentlich auch für Anwälte, die sich im Rahmen der ihnen obliegenden prozessualen Darlegungs- und Begründungspflichten äussern müssen (...). Innerhalb dieser Grenzen sollen die Anwälte die Interessen ihrer Mandanten auch pointiert vertreten dürfen, um die zu erläuternden Rechtspositionen nachhaltig auf den Punkt zu bringen. Hinzunehmen ist dabei ein gewisses Mass an übertreibenden Bewertungen und gar Provokationen, soweit sich die anwaltlichen Äusserungen weder als *völlig* sachwidrig noch als unnötig beleidigend erweisen (...). Diese «rhetorische Freiheit» ist den Anwälten mit Rücksicht auf ihre berufsrechtliche Verpflichtung zur einseitigen Interessenwahrung ihrer Auftraggeber zuzubilligen. Sie sind zur Parteilichkeit, nicht zur Objektivität berufen (...).»<sup>789</sup>

Scheinbar steckt das Bundesgericht damit die Grenzen der Rechtfertigung ehrenrühriger Äusserungen in einem Zivilverfahren für Rechtsanwälte, die eine Partei vertreten, weiter als für die Partei selbst, begründet mit der berufsrechtlichen Verpflichtung der Rechtsanwälte. Später, in einem ebenfalls

<sup>787</sup> BGE 118 IV 153, E. 4b (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>788</sup> BGE 118 IV 248, E. 2c (Hervorhebungen hinzugefügt) m.H.a. SCHUBARTH, Kommentar III, Art. 173 StGB N 111.

<sup>789</sup> BGer, Urteil v. 2.5.2005, 6P.174/2004, 6S.453/2004, E. 4.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGer, Urteil v. 12.11.2010, 6B\_549/2010, E. 2.5; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_359/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 12.3.2012, 6B\_666/2011, E. 1.2.

nicht amtlich publizierten Entscheid vom 22. Dezember 2009, stellt das Bundesgericht aber klar, dass dem nicht so ist: «*Alle parti va in sostanza riconosciuta una certa libertà di retorica che permette loro anche l'esternazione di valutazioni un po' esagerate o addirittura provocazioni, nella misura in cui le loro dichiarazioni non appaiano completamente prive di pertinenza o inutilmente offensive (...)»*<sup>790</sup> Mit anderen Worten, die vorn umschriebene «rhetorische Freiheit» der Rechtsanwälte ist grundsätzlich keine andere, als jene der Parteien selbst.<sup>791</sup>

- 327 Es vermöchte auch nicht einzuleuchten, dass das mit der Verletzung der Ehre erfahrene Unrecht ausnahmsweise als ausgeschlossen oder aufgehoben gelten soll, *nur* weil der Verletzer berufsrechtlich zur einseitigen Interessenwahrung verpflichtet ist. Für STRATENWERTH ist klar, «(...) dass strafrechtlich relevante Eingriffe in geschützte Interessen nicht schon durch die Ausübung eines bestimmten Berufes gerechtfertigt werden können, sondern immer nur durch die Rechtsnormen, die für sie massgebend sind»<sup>792</sup>. Für Rechtsanwälte sind in erster Linie die Rechtsnormen des Anwaltsgesetzes<sup>793</sup> massgebend, in diesem Zusammenhang Art. 12 lit. a BGFA, nach welcher Generalklausel Rechtsanwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben. Das heisst insbesondere, die Interessen des Mandanten wahrzunehmen, was im Rahmen eines Zivilverfahrens auch bedeutet, der prozessualen Darlegungs- und Begründungspflicht nachzukommen. Die berufsrechtliche Verpflichtung ist mithin nur Mittlerin, die dem Rechtsanwalt erlaubt, sich zur Rechtfertigung seiner Äusserungen im Zivilverfahren auf die *prozessuale Darlegungs- und Begründungspflicht der Partei* zu berufen.<sup>794</sup> Nur sie kann

---

<sup>790</sup> BGer, Urteil v. 22.12.2009, 6B\_906/2009, E. 2.2; vgl. BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_359/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 22.3.2013, 1B\_745/2012, E. 3.2.

<sup>791</sup> Vgl. KGer SG, Entscheid v. 23.1.2013, AK.2012.341, E. 4b/aa: «Selbst wenn die Äusserungen als pointiert und übertreibend zu werten wären, so müsste dem Beschwerdegegner eine solche Äusserungsfreiheit zugebilligt werden, zumal eine solche auch einem Anwalt zugestanden wird (...)»

<sup>792</sup> STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 10 N 99 m.w.H.; vgl. BGE 113 IV 4, E. 3; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 116; HAEFLIGER, Rechtmässigkeit, S. 37 f.; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 809; MONNIER, CR CP I, Art. 14 N 42; NOLL, Rechtfertigungsgründe, S. 181; SEELMANN, BSK StGB I, Art. 14 N 9; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 134 f.

<sup>793</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

<sup>794</sup> Vgl. BGE 118 IV 248, E. 2c m.w.H. (Hervorhebungen hinzugefügt): «(...) la jurisprudence admet qu'elle [l'atteinte à l'honneur] peut être justifiée (...) *par l'obligation*

eine allfällige Ehrverletzung rechtfertigen. Die berufsrechtliche Verpflichtung selbst bietet dazu keine Grundlage. Diesbezüglich erscheint die Erwägung des Bundesgerichts ungenau, dass «(...) [e]hrverletzende Äusserungen von Parteien und ihren Anwälten im Prozess (...) aufgrund der aus der Verfassung und aus gesetzlichen Bestimmungen sich ergebenden Darlegungsrechte und -pflichten *beziehungsweise durch die Berufspflicht gemäss [a] Art. 32 StGB gerechtfertigt* [sind], sofern sie sachbezogen sind, nicht über das Notwendige hinausgehen, nicht wider besseres Wissen erfolgen und bloss Vermutungen als solche bezeichnen (...)»<sup>795</sup>. Die Rechtfertigung von Äusserungen des Rechtsanwalts muss sich an den Grenzen messen, die für die Partei gelten, die er vertritt.<sup>796</sup> Dabei kann er diese Grenzen grundsätzlich<sup>797</sup> ausschöpfen. In diesem Sinn dürfte die Erwägung des Bundesgerichts verstanden werden, dass von einem Rechtsanwalt nicht verlangt werden kann, «(...) dass er jeden einzelnen Satz seines Plädoyers daraufhin überprüft, wie er von der Gegenpartei oder von einem aussenstehenden Dritten interpretiert werden könnte. Wollte man solches fordern und damit den Anwalt wegen unpräziser oder zugespitzter Äusserungen dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung etwa wegen Ehrverletzung aussetzen, würde die verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe des Anwalts, die Parteiinteressen seines Klienten umfassend und dezidiert zu wahren, unnötig erschwert.»<sup>798</sup> Es kann hier nur darum gehen, zu verdeutlichen, dass der Anwalt seine Worte nicht zwingend sorgfältiger wählen muss, als die Partei, damit eine allfällige Ehrverletzung noch gerechtfertigt werden könnte.

---

*d'alléguer dans le cadre d'une procédure judiciaire (...), dont l'avocat peut également se prévaloir (...).*»

<sup>795</sup> BGE 131 IV 154, E. 1.3.1 m.w.H.; vgl. BGer, Urteil v. 15.10.2012, 1B\_158/2012, E. 2.7; BGer, Urteil v. 22.3.2013, 1B\_745/2012, E. 3.2; vgl. auch FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 6.

<sup>796</sup> Vgl. BGE 118 IV 248, E. 2c m.w.H. (Hervorhebungen hinzugefügt): «Il faut cependant (...) que *la partie* se soit limitée à ce qui était nécessaire et pertinent, qu'elle ait articulé ses propos de bonne foi et qu'elle ait présenté comme telles de simples suppositions (...). Il apparaît d'emblée en l'espèce que l'avocat Y. a rempli *ces conditions* (...).»

<sup>797</sup> Eine Ausnahme gilt etwa im hier nicht interessierenden Strafverfahren. Wie bereits erwähnt (siehe vorn N 321), gilt die Grenze, Behauptungen nicht wider besseres Wissen aufstellen zu dürfen, für den Beschuldigten im Strafverfahren nicht (BGE 118 IV 248, E. 2d). Der Verteidiger jedoch hat sich an die Grenze zu halten (BGE 118 IV 248, E. 2c).

<sup>798</sup> BGE 131 IV 154, E. 1.4.2.

- 328 In diesem Zusammenhang ist schliesslich auch noch die zu knapp geratene Erwägung in BGE 135 IV 177 zu erwähnen, wonach die prozessualen Darlegungspflichten allfällige ehrenrührige Bemerkungen der Prozessparteien scheinbar schrankenlos rechtfertigen, diejenigen der vertretenden Rechtsanwälte innerhalb der bekannten Grenzen: «Auch Prozessparteien können sich bei allfälligen ehrenrührigen Bemerkungen auf ihre prozessualen Darlegungspflichten und damit auf Art. 14 StGB berufen. Die gleichen Befugnisse müssen auch dem Anwalt zustehen, der eine Partei vertritt, sofern seine Ausführungen sachbezogen sind, sich auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunktes Notwendige beschränken, nicht wider besseres Wissen erfolgen und blossе Vermutungen als solche bezeichnen (...)»<sup>799</sup>
- 329 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zusammenfassend ist davon auszugehen, dass allenfalls ehrverletzende Äusserungen des Rechtsanwalts, der eine Partei im Zivilprozess vertritt, dann durch die prozessuale Darlegungs- und Begründungspflicht der Partei gerechtfertigt sind, wenn er die Grenzen, wie sie für die Partei selbst gelten,<sup>800</sup> nicht überschreitet. Nun ist der Rechtsanwalt, der eine Partei im Zivilprozess vertritt, mangels eigenen Wissens über den relevanten Sachverhalt für gewöhnlich darauf angewiesen, dass ihn sein Mandant instruiert. Dieser Umstand muss regelmässig dazu führen, dass dem Rechtsanwalt sicheres Wissen darüber fehlt, ob die von ihm im Zivilprozess abgegebenen Erklärungen über Tatsachen zutreffen oder nicht. Entsprechend wird sich der Rechtsanwalt im vorliegenden Kontext auch kaum je tatbestandsmässig und rechtswidrig i.S.v. Art. 173 StGB bzw. Art. 174 StGB verhalten. Liegt keine Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit vor, fällt auch Mittäterschaft mit der Prozesspartei oder eine Anstiftung oder Gehilfenschaft der Prozesspartei ausser Betracht.<sup>801</sup> Zu prüfen wäre in dieser Konstellation höchstens eine mittelbare Täterschaft, bei der die (strafbare) Partei als mittelbarer Täter den (straflosen) Rechtsanwalt als Tatmittler benutzt.<sup>802</sup> Diese Form der Täterschaft ist allerdings zweifelhaft,

---

<sup>799</sup> BGE 135 IV 177, E. 4 m.w.H. (Hervorhebungen unterdrückt); vgl. BGer, Urteil v. 12.11.2010, 6B\_549/2010, E. 2.5; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_358/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 22.8.2011, 6B\_359/2011, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 5.12.2011, 6B\_410/2011, E. 3.1; BGer, Urteil v. 12.3.2012, 6B\_666/2011, E. 1.2.

<sup>800</sup> Siehe vorn N 321 f.

<sup>801</sup> Vgl. SCHWARZENEGGER, S. 222.

<sup>802</sup> Vgl. SCHWARZENEGGER, S. 222.

wenn der «Tatmittler» – wie hier – «(...) zwar den gesamten Deliktstatbestand erfüllt, dabei aber rechtmässig handelt»<sup>803</sup>.

Verfügt der Rechtsanwalt ausnahmsweise über sicheres Wissen betreffend die von ihm unzutreffend erklärten ehrenrührigen Tatsachen, handelt er tatbestandsmässig und rechtswidrig i.S.v. Art. 174 StGB. Bei dieser Ausgangslage kann somit der Ansicht G. NAEGELIS nicht zugestimmt werden, der dafür eintritt, dass Rechtsanwälte im Zivilprozess zur Wahrung der Interessen des Mandanten *wider besseres Wissen bestreiten* dürfen.<sup>804</sup> 330

### 3. Zwischenfazit

Die prozessuale Darlegungs- und Begründungspflicht rechtfertigt ehrenrührige Äusserungen im Zivilprozess sowohl der Parteien als auch der sie vertretenden Rechtsanwälte weitgehend. Den Rechtfertigungsgrund kann aber insbesondere nicht anrufen, wer sich wider besseres Wissen äussert; ist die betreffende Äusserung ehrenrührig, wird man in aller Regel eine Strafbarkeit nach Art. 174 StGB bejahen müssen. 331

## III. Urkundenfälschung

Das untersuchte Verhalten umfasst typischerweise das Verfassen von Eingaben, die unzutreffende Erklärungen über Tatsachen beinhalten,<sup>805</sup> und das Einreichen derselben beim Gericht (vgl. nur Art. 220 ff. ZPO) bzw. das mündlich bei Gericht zu Protokoll Geben (vgl. nur Art. 235 ZPO), allenfalls verbunden mit dem Herstellen oder Verwenden falscher Beweismittel – also solcher, die an sich geeignet sind, die abgegebene unzutreffende Erklärung über Tatsachen zu beweisen<sup>806</sup> – oder auch dem Zurückhalten von Beweismitteln, und mündet regelmässig in einer gerichtlichen Entscheidung (vgl. nur Art. 236 Abs. 1 ZPO).<sup>807</sup> Es fragt sich, ob diese Vorgänge unter einen Tat- 332

<sup>803</sup> STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 13 N 27; vgl. – die Möglichkeit bejahend – SEELMANN, S. 143 f.; einschränkend STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 13 N 27 ff.

<sup>804</sup> G. NAEGELI, S. 294 f., ohne allerdings auf die Strafbarkeit nach Art. 173 ff. StGB einzugehen (vgl. a.a.O., S. 296). Zum Erklärungswert des Bestreitens siehe vorn N 73.

<sup>805</sup> Siehe vorn N 48 ff.

<sup>806</sup> Siehe vorn N 138.

<sup>807</sup> Siehe vorn N 209 ff.

bestand der Urkundendelikte nach Art. 251 ff. StGB fallen können.<sup>808</sup> Die Antwort darauf hängt entscheidend davon ab, ob jeweils Urkunden im strafrechtlichen Sinn im Spiel sind. Es bietet sich deshalb an, vorab auf die Urkunde und ihre möglichen Erscheinungsformen im Zivilprozess einzugehen.

## 1. Die strafrechtliche Urkunde

- 333 Zunächst soll der strafrechtliche Begriff der Urkunde erläutert werden, um danach mögliche Erscheinungsformen im Zivilprozess zu erkennen.

### A. Im Allgemeinen

- 334 «Die Tatbestände des Urkundenstrafrechts schützen das Vertrauen, welches im Rechtsverkehr einer Urkunde als einem Beweismittel entgegengebracht wird (...).»<sup>809</sup> Der Begriff der «Urkunde» ist für das Urkundenstrafrecht damit zentral.<sup>810</sup> Art. 110 Abs. 4 StGB definiert ihn folgendermassen: «*Urkunden* sind Schriften, die bestimmt und geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Die Aufzeichnung auf Bild- und Datenträgern steht der Schriftform gleich, sofern sie demselben Zweck dient.»

#### a) *Schrifturkunde*

- 335 Die erste Form der strafrechtlichen Urkunde sind Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (Art. 110 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 StGB).<sup>811</sup> Damit kann zunächst «(...) nicht die Schrift als solche, sondern nur das *Schriftstück* gemeint sein, d.h. die auf irgendeinem Material, auf irgendeiner Unterlage angebrachte Schrift: Ver-

---

<sup>808</sup> Vgl. PIECH, S. 198 ff.

<sup>809</sup> BGE 138 IV 130, E. 2.1 m.w.H.; vgl. bereits BGE 114 IV 26, E. 2c m.H.a. HAEFLIGER, Falschbeurkundung, S. 404; BGE 116 IV 343, E. 6; BGE 117 IV 35, E. 1a; BGE 123 IV 61, E. 5a; BGE 125 IV 17, E. 2a/aa; BGE 125 IV 273, E. 3a/aa; BGE 126 IV 65, E. 2a; BGE 129 IV 130, E. 2.1; BGE 132 IV 57, E. 5.1; BGE 137 IV 167, E. 2.3.1.

<sup>810</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 2; E. HAFER, Besonderer Teil II, S. 593 (Hervorhebung unterdrückt): «Die Urkunde (...) ist das Angriffsobjekt der ganzen Deliktsguppe»; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 2; krit. gegenüber einer abstrakten, von den einzelnen betreffenden Delikten losgelösten Definition des Urkundenbegriffs SCHUBARTH, CR CP I, Art. 110 al. 4 N 4 ff.

<sup>811</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 3 f.

körperte Schriftzeichen sind erforderlich.»<sup>812</sup> Die in Art. 177 ZPO explizit aufgezählten Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien vermögen diesem Erfordernis schon nicht gerecht zu werden.<sup>813</sup>

Das Schriftstück muss *menschliche Gedanken erklären*.<sup>814</sup> Das heisst einmal, 336 dass keine strafrechtliche Urkunde vorliegt, wenn die «Dokumente» i.S.v. Art. 177 ZPO keine – jedenfalls nicht unmittelbar – menschlichen Gedanken verkörpern.<sup>815</sup> Zu nennen wären namentlich «(...) rein mechanische, durch ein Gerät oder eine Maschine automatisch vorgenommene (technische) Aufzeichnungen (...)»<sup>816</sup>. Dazu werden etwa das EKG, das EEG oder das Röntgenbild gezählt.<sup>817</sup> Aus dem Erfordernis, dass das Schriftstück menschliche Gedanken erklären muss, ergibt sich zweitens, dass auch keine strafrechtliche Urkunde vorliegt, wenn «Dokumente» i.S.v. Art. 177 ZPO zwar menschliche Gedanken unmittelbar verkörpern, diese aber nicht erklären,<sup>818</sup> wie beispielsweise Tagebücher, Merk- und Denkbücher, Entwürfe oder private Notizen.<sup>819</sup> Aufgrund ihrer Existenz, Lage, Beschaffenheit oder Eigenschaft können alle diese «Dokumente» i.S.v. Art. 177 ZPO, auch wenn sie keine

<sup>812</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 6 m.w.H.; vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 7 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 143.

<sup>813</sup> Vgl. ANDEREGG, S. 55 ff.; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 11; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 538; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 8; DONATSCH/WOHLERS, S. 142; FERRARI, S. 155; HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 12; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 522 f.; ROBERT, S. 423; SCHERER, S. 38 Fn. 33, S. 44; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 6; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 251 N 4; vgl. auch GROSSENBACHER, S. 204; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 595; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 2; vgl. ferner PLÖCHL/SEIDL, WK StGB/A, § 293 N 14 (48. Lfg. 9/2010).

<sup>814</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 13; DONATSCH/WOHLERS, S. 141; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 7 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 7; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 3.

<sup>815</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 17 f.

<sup>816</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 20 (Kursivdruck unterdrückt); vgl. BGE 116 IV 343, E. 5c; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 547; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 50; DONATSCH/WOHLERS, S. 141 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 8.

<sup>817</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 20; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 3; vgl. auch PLÖCHL/SEIDL, WK StGB/A, § 293 N 12 (48. Lfg. 9/2010).

<sup>818</sup> Vgl. S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 2 (Fettdruck unterdrückt, Hervorhebung hinzugefügt): «Eine Urkunde enthält Verkörperungen von Gedanken (...) oder Erklärungen (...)».

<sup>819</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 15 f., N 18, N 33, N 54; DONATSCH/WOHLERS, S. 141; vgl. auch PLÖCHL/SEIDL, WK StGB/A, § 293 N 10 (48. Lfg. 9/2010).

Urkunden im strafrechtlichen Sinn sind, dennoch zum Beweis einer Tatsache dienen bzw. beweis erhebliche Schlussfolgerungen zulassen.<sup>820</sup> Strafrechtlich gelten sie indes nicht als Urkunden, sondern als Augenscheinsobjekte.<sup>821</sup>

- 337 Das Schriftstück muss weiter *bestimmt und geeignet* sein, *eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen*. Ob ein Schriftstück zum Beweis einer bestimmten Tatsache bestimmt und geeignet ist, kann sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben oder aber aus deren Sinn oder Natur bzw. aus der Verkehrssübung abgeleitet werden.<sup>822</sup> Der Umstand, dass der zivilprozessualen Legaldefinition das Element der Beweisbestimmung abgeht, macht jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang keinen Unterschied. Ein Schriftstück, das im Hinblick auf einen Zivilprozess hergestellt oder verwendet wird, spricht auf das sich jemand zum Beweis im Zivilprozess beruft, wird zumindest nachträglich Beweisbestimmung beigelegt, was genügt.<sup>823</sup> Im Übrigen erfüllt die zivilprozessuale Urkunde – die geeignet sein muss, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, sonst ist sie schon keine zivilprozessuale Urkunde – in jedem Fall auch das strafrechtliche Element der Eignung, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. «Der Kreis der möglicherweise rechtlich erheblichen Tatsachen ist (...) praktisch unbegrenzt»<sup>824</sup>, die im Zivilprozess rechtserheblichen umfasst er sicher. Und schon nach der strenger der grundsätzlich zwei vertretenen Auffassungen – sofern sich deren Differenz im Ergebnis überhaupt auswirken sollte<sup>825</sup> – ist die strafrechtlich verlangte Beweiseignung gegeben, wenn sie das betreffende Prozessrecht

---

<sup>820</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 19; vgl. auch S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 2 («Wiedergabe von Dingen der Aussenwelt»).

<sup>821</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 11, N 19, N 40; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 3.

<sup>822</sup> Vgl. nur BGE 123 IV 61, E. 5a; BGE 125 IV 17, E. 2a/aa; BGE 125 IV 273, E. 3a/aa; BGE 126 IV 65, E. 2a; BGE 129 IV 130, E. 2.2; BGE 132 IV 57, E. 5.1; BGE 138 IV 130, E. 2.2.1; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 30, N 32; DONATSCH/WOHLERS, S. 147 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 12, N 16; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 6 f.

<sup>823</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 36; DONATSCH/WOHLERS, S. 148; HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 41; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 596; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 524; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 15 ff., insb. N 17; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 5; WALDER, Falschbeurkundung, S. 74, S. 84 f.

<sup>824</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 10; vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 26; HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 31; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 8.

<sup>825</sup> Vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 22; vgl. auch HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 28.



anerkennt.<sup>826</sup> Fraglich kann nur noch sein, inwieweit ein «Dokument» überhaupt geeignet ist, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. In diesem Zusammenhang spricht man auch von der Relativität des Urkundencharakters, d.h. während bestimmte Aspekte eines Schriftstücks Beweiseignung und damit Urkundenqualität aufweisen können, kann diese hinsichtlich anderer Gesichtspunkte fehlen.<sup>827</sup> Anders gesagt: «Pour que le faux soit punissable, le titre doit être apte à prouver ce qui est faux.»<sup>828</sup>

Bleibt noch das in der Legaldefinition von Art. 110 Abs. 4 StGB unerwähnte – jedoch von der herrschenden Lehre längst und inzwischen auch von der Rechtsprechung anerkannte – Merkmal der *Erkennbarkeit des Ausstellers*.<sup>829</sup> Solches wird für zivilprozessuale Urkunden nicht verlangt. Eignung, eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen, genügt, was z.B. auch ein anonymes Schriftstück zu leisten vermag.<sup>830</sup> Entsprechende zivilprozessuale Urkunden

<sup>826</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 30; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 526; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 12; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 7; vgl. auch HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 28, S. 45 f.

<sup>827</sup> Vgl. BGE 119 IV 54, E. 2c/aa; BGE 120 IV 25, E. 3b; BGE 120 IV 122, E. 4c; BGE 121 IV 131, E. 2c; BGE 122 IV 332, E. 2a; BGE 123 IV 61, E. 5a; BGE 125 IV 17, E. 2a/aa; BGE 125 IV 273, E. 3a/aa; BGE 126 IV 65, E. 2a; BGE 129 IV 130, E. 2.2; BGE 132 IV 57, E. 5.1; BGE 138 IV 130, E. 2.2.1; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 546; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 28 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 148 f., S. 157; SCHUBARTH, Urkundendelikte, S. 390; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 12; krit. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 72; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 35. Siehe auch hinten N 370.

<sup>828</sup> CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 568; vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 127 m.H.a. BGE 123 IV 17, E. 2c; vgl. auch BGE 100 IV 108, E. 2; BGE 103 IV 178, E. IV; krit. zu dieser Formel bzw. der Formel des Bundesgerichts BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 70; MAIHOLD, S. 90; SCHULTZ, Rechtsprechung 1970, S. 475; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 36. Siehe auch hinten N 370.

<sup>829</sup> Vgl. BGE 131 IV 125, E. 4.4; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 38 ff.; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 51, der selbst allerdings an der Erforderlichkeit des Merkmals zweifelt (a.a.O., N 53); DONATSCH/WOHLERS, S. 145 f.; ENGELI, S. 83 ff.; GROSSEN-BACHER, S. 265 f.; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 595 Fn. 3; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 526 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 18 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 9; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 251 N 6; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 13; WALDER, Falschbeurkundung, S. 80 ff.; a.M. HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 49.

<sup>830</sup> Vgl. ENGELI, S. 91 f.; HAEFLIGER, Begriff der Urkunde, S. 48 f., der u.a. das Beispiel des Rezepts für die Herstellung eines Giftes anführt, das in der Wohnung eines des Giftmords Verdächtigten gefunden werde, oder ununterschiedener Liebesbriefe an einen Ehegatten, die im Scheidungsprozess – wenn auch nur indizierendes – Beweismittel

gelten strafrechtlich als Augenscheinsobjekte<sup>831</sup> und können mangels Ausstellererkennbarkeit nicht Gegenstand eines Urkundendelikts sein.

**b)      *Zeichenurkunde***

- 339 Die zweite Form der strafrechtlichen Urkunde sind Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (Art. 110 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 StGB).<sup>832</sup> Die Umschreibung unterscheidet sich insofern von derjenigen der Schriften, als von der Eignung zum Beweis keine Rede ist. Mit dem «ausdrücklichen» Schweigen soll allerdings bloss zum Ausdruck gebracht werden, dass Zeichen zum Beweis geeignet und *von vornherein* bestimmt sein müssen, um unter die Bestimmung zu fallen.<sup>833</sup> Im Übrigen handelt es sich bei Zeichen, «(...) im Unterschied zur Schrift, um bildliche, symbolische Darstellungen, bei denen allerdings auch einzelne Schriftzeichen Verwendung finden können»<sup>834</sup>. Den erforderlichen Erklärungsinhalt erhalten sie erst, wenn sie mit einem Gegenstand fest verbunden sind.<sup>835</sup> Als Beispiele werden etwa Viehzeichen (als Eigentümerzeichen), Stempelabdrücke auf dem Fleisch (als Herkunftszeichen), Künstlerzeichen (als Urheberzeichen) oder Preisanschriften genannt.<sup>836</sup> Fehlt es einer zivilprozessualen

---

sein könnten, auch wenn der Empfänger das Geheimnis hüte, wer sie geschrieben habe; a.M. GROSSENBACHER, S. 266: «(...) [A]nonyme Briefe können wohl vielleicht Hinweise, mangels geringster Eignung aber niemals Beweise für eine Tatsache abgeben – sie bilden somit ohnehin nicht Urkunden (...)»

<sup>831</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 40; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 19.

<sup>832</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 3, N 22.

<sup>833</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 68; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 543; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 21; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 23, N 26, N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 11; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 15; vgl. DONATSCH/WOHLERS, S. 146; HAEFLIGER, *Begriff der Urkunde*, S. 8; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 251 N 7.

<sup>834</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 10 (Hervorhebungen unterdrückt); vgl. BGE 103 IV 27, E. 13b; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 64; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 12; DONATSCH/WOHLERS, S. 144; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 25; ähnlich TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 15.

<sup>835</sup> BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 64; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 12; DONATSCH/WOHLERS, S. 144; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 25; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 15; vgl. BGE 103 IV 27, E. 9b, E. 13b; GROSSENBACHER, S. 206; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 251 N 7.

<sup>836</sup> Vgl. BGE 103 IV 27, E. 9b; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 70 ff.; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 12; DONATSCH/WOHLERS, S. 144; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 25; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 15, N 23.

Urkunde an einer dieser bzw. der übrigen die Schrifturkunde kennzeichnenden Eigenschaften, ist strafrechtlich von einem Augenscheinsobjekt auszugehen.<sup>837</sup>

Zu beachten gilt es, dass im Zusammenhang mit Zeichenurkunden verschiedene Sonderregelungen bestehen, so etwa hinsichtlich amtlicher Zeichen (Art. 245 StGB, Art. 246 StGB, Art. 248 StGB), Grenzsteinen und anderen Grenzzeichen (Art. 256 StGB) sowie Vermessungs- und Wasserstandszeichen (Art. 257 StGB).<sup>838</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung wird darauf verzichtet, diesbezüglich auf weitere Einzelheiten einzugehen.

### c) *Computerurkunde*

Die dritte Form der strafrechtlichen Urkunde sind Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern (Art. 110 Abs. 4 Satz 2 StGB). Die Erwähnung von Aufzeichnungen auf Bildträgern erweist sich als überflüssig, weil es sich dabei nur um (verkleinerte) Abbildungen von Schriften bzw. Zeichen handeln kann, womit die Aufzeichnungen bereits Schrift- bzw. Zeichenurkunden sind.<sup>839</sup> Nachdem es im Übrigen erklärtes Ziel des Gesetzgebers war, bei der nachträglichen Ergänzung um diese Form der strafrechtlichen Urkunde den strafrechtlichen Begriff der Urkunde abgesehen von der Ausdehnung urkundenrelevanter Erklärungen auf Bild- und Datenträger unverändert zu lassen,<sup>840</sup> sind für die sog. *Computerurkunde* prinzipiell die bereits erwähnten Eigenschaften einer Schrift- bzw. Zeichenurkunde – menschliche Gedanken-erklärung, Beweisbestimmung und -eignung, Erkennbarkeit des Ausstellers – vorzusetzen,<sup>841</sup> nur dass an Stelle der entsprechenden Form «(...) die (an

<sup>837</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 27.

<sup>838</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 62; DONATSCH/WOHLERS, S. 127 f., S. 131, S. 181 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 34 N 5, N 22, § 35 N 24.

<sup>839</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 93; DONATSCH/WOHLERS, S. 143; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 6, N 34; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 17; vgl. auch BGE 116 IV 343, E. 3b; N. SCHMID, Computer-Kriminalität, § 3 N 35; N. SCHMID, Computerstrafrecht, S. 26; N. SCHMID, Revision, S. 29.

<sup>840</sup> Vgl. Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 993.

<sup>841</sup> Vgl. Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 993 f.; BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 87; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 540; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 13; DONATSCH/WOHLERS, S. 143; P. MÜLLER, S. 19; N. SCHMID, Computer-Kriminalität, § 3 N 18 ff., insb. N 20, N 86; N. SCHMID, Computerstrafrecht, S. 26 f.; N. SCHMID, Revision, S. 27 f.; N. SCHMID, Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 3; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 31 ff.; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 19.

sich unsichtbare, im Regelfalle codierte, d.h. technisch umgewandelte) Registrierung auf einem *Datenträger*, also einer Hard-Disk, einer Diskette, einem Datenband usw. [tritt]»<sup>842</sup>.

- 342 Die «computergerechte Umsetzung»<sup>843</sup> der allgemeinen Anforderungen erweist sich allerdings als nicht unproblematisch. So bereitet etwa die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten, inwiefern Aufzeichnungen auf Datenträgern die auch ihnen abverlangte Perpetuierungsfunktion zu erfüllen vermögen.<sup>844</sup> Das Bundesgericht sieht ausreichende Beständigkeit jedenfalls bei Systemen, «(...) bei denen die Daten genügend gegen unbeabsichtigte Löschung oder Veränderung gesichert und jederzeit lesbar gemacht werden können»<sup>845</sup>. Auch damit bleiben jedoch noch viele Fragen unbeantwortet, die im Einzelfall beantwortet werden müssen.<sup>846</sup>

## B. Im Zivilprozess

- 343 Nun geht es vor allem darum, zu sehen, inwiefern bei den erwähnten typischen Vorgängen des untersuchten Verhaltens<sup>847</sup> Urkunden i.S. des strafrechtlichen Begriffs im Spiel sind.

---

<sup>842</sup> N. SCHMID, Computerstrafrecht, S. 26; vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 88 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 143; N. SCHMID, Revision, S. 27 f.

<sup>843</sup> Vgl. Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 993; N. SCHMID, Revision, S. 28; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 41.

<sup>844</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 96 f.; KUNZ, S. 201; N. SCHMID, Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 3; N. SCHMID, Revision, S. 30; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 36 f.

<sup>845</sup> BGE 116 IV 343, E. 5b. Der – noch vor der Ergänzung der Urkundendefinition um die Form von Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern entwickelte – Ansatz des Bundesgerichts stösst bei der Lehre grundsätzlich auf Zustimmung, im Gegensatz zu jenem in der Botschaft Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 994, geäußerten, wonach «(...) die für die Schrifturkunde typische Beständigkeit nur jenen Datenträgern zuzuerkennen sein [wird], deren Aufgabe in der längerfristigen Sicherung von Daten liegt»; vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 96; DONATSCH/WOHLERS, S. 143 f.; N. SCHMID, Vermögens- und Urkundenstrafrecht, S. 3; N. SCHMID, Revision, S. 30; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 37; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Vor Art. 251 N 19.

<sup>846</sup> Vgl. nur BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 96 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 150 f.; KUNZ, S. 201 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 37, N 41; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 110 StGB N 14.

<sup>847</sup> Siehe vorn N 332.

**a) Eingaben**

Eingaben der Parteien sind dem Gericht in Papierform oder elektronisch unterzeichnet einzureichen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Fraglich ist vor allem, ob und, wenn ja, inwiefern diese bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Das Gesetz, in casu die Schweizerische Zivilprozessordnung, lässt unmittelbar weder eine Beweisbestimmung noch eine Beweiseignung von Eingaben der Parteien im Zivilprozess erkennen. So fehlen sie etwa in der Aufzählung der grundsätzlich zulässigen Beweismittel (vgl. Art. 168 Abs. 1 ZPO). Aus Sinn und Natur von Eingaben der Parteien im Zivilprozess – im Wesentlichen nämlich, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO) – ergibt sich, dass ihnen sowohl Beweisbestimmung als auch Beweiseignung fehlen, jedenfalls soweit es die dargelegten Tatsachen betrifft, auf die sich die unzutreffenden Erklärungen im Rahmen des untersuchten Verhaltens üblicherweise beschränken.<sup>848</sup> «Wer in einem Schriftstück das Bestehen oder Nichtbestehen einer rechtserheblichen Tatsache als wahr hinstellen will, und mag er das noch so sehr beteuern, kann diesem Schriftstück noch nicht den Charakter einer Urkunde verleihen, ebenso wenig wie entsprechende Beteuerungen von Parteien vor Gericht als solche Beweismittel sind.»<sup>849</sup> Die Darlegung der Tatsachen beweist diese nicht, sondern macht sie zum Gegenstand des Zivilprozesses, gegebenenfalls zum Beweisgegenstand. Eingaben der Parteien im Zivilprozess vermögen insofern «(...) nur die in ihnen enthaltenen *Äusserungen als solche* zu beweisen (...), [sind] im Übrigen aber, wenn diese Äusserungen unwahr sein sollten, als blosse *«schriffliche Lügen»* strafrechtlich bedeutungslos (...)»<sup>850</sup>.

<sup>848</sup> Denkbar ist der *aussergewöhnliche* Fall, dass eine Partei einer Eingabe den Anschein gibt, sie stamme von der Gegenpartei, mithin über die Identität des Ausstellers täuscht (dann Urkundenfälschung i.e.S.).

<sup>849</sup> BGE 101 IV 278, E. 2b.

<sup>850</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 35; vgl. WALDER, Falschbeurkundung, S. 96: «Partei-eingaben sind, auch wenn inhaltlich unwahr, nie strafbare Falschbeurkundungen. (Anders liegen die Dinge, wenn der Eingabe z.B. gefälschte Belege beigegeben werden)»; vgl. auch BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 83; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 567 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 123 ff.; ROBERT, S. 434.

**b)      *Protokolle***

- <sup>345</sup> Im Rahmen des untersuchten Verhaltens können unzutreffenden Erklärungen über Tatsachen auch mündlich zu Protokoll gegeben werden. Das entsprechende Protokoll enthält alle dem wesentlichen Inhalt nach protokollierte Ausführungen (vgl. Art. 235 Abs. 2 ZPO). Entscheidend ist, dass das Protokoll zwar zum Beweis der Tatsache bestimmt und geeignet ist, dass die protokollierten Ausführungen gemacht worden sind, nicht aber, dass der Inhalt der Ausführungen der Wahrheit entspricht (sog. *Protokollurkunde*).<sup>851</sup> Diesbezüglich fehlt es dem Protokoll an der Urkundenqualität, so dass mit der mündlichen Abgabe unzutreffender Erklärungen zu Protokoll insoweit auch keine Urkundendelikte begangen werden.<sup>852</sup>

**c)      *Beweismittel***

- <sup>346</sup> Die Beweismittel, auf die sich die Parteien im Zivilprozess berufen können, sind in Art. 168 Abs. 1 ZPO grundsätzlich abschliessend aufgezählt.<sup>853</sup> Eine Ausnahme gilt lediglich für Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 168 Abs. 2 ZPO).<sup>854</sup> Die folgende Betrachtung beschränkt sich auf die im Gesetz aufgeführten Beweismittel.

---

<sup>851</sup> Vgl. BGE 106 IV 372, E. 2a; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 81; DONATSCH/WOHLERS, S. 149, S. 157 f.; MAIHOLD, S. 90; ROBERT, S. 433; SCHUBARTH, Urkundendelikte, S. 393 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 33 f.; WALDER, Falschbeurkundung, S. 87 f.; vgl. auch CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 567 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 123 ff.

<sup>852</sup> Vgl. aber auch das – für das untersuchte Verhalten atypische – Beispiel bei HAEFLIGER, Falschbeurkundung, S. 407: «In einem Zivilprozess bestreitet der Beklagte die Richtigkeit einer vom Kläger behaupteten Tatsache. Dem Kläger gelingt es, nachträglich den Gerichtsschreiber zu täuschen, so dass dieser im Protokoll festhält, der Beklagte habe die Richtigkeit der Tatsache anerkannt. Das Protokoll beweist in diesem Punkt nur, welche Erklärung der Beklagte über eine bestimmte Tatsache abgegeben hat, es beweist nicht die Wahrheit der Tatsache. Trotzdem ist falsch beurkundet worden, weil der Erklärung des Beklagten als solcher im Prozess rechtliche Bedeutung zukommt. Man darf deshalb nicht *generell* Falschbeurkundung schon deshalb verneinen, weil nur eine Erklärung beurkundet wurde.»

<sup>853</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.80; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 146, N 149.

<sup>854</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.81; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 150 f.

*aa) Zeugnis (Art. 168 Abs. 1 lit. a ZPO)*

Nach Art. 169 ZPO kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er unmittelbar 347  
wahrgenommen hat, wer nicht Partei ist.<sup>855</sup> Das Zeugnis wird mündlich ab-  
gelegt und zu Protokoll genommen.<sup>856</sup> Mündliche Erklärungen werden von  
den Urkundendelikten nicht erfasst.<sup>857</sup> Ein Urkundendelikt ist damit höchst-  
stens in Zusammenhang mit dem Protokoll möglich. Diesbezüglich kann auf  
das bereits Ausgeführte verwiesen werden.<sup>858</sup> Auf das Zeugnis wird aller-  
dings im Rahmen der Delikte gegen die Rechtspflege zurückzukommen  
sein.<sup>859</sup>

*bb) Urkunde (Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO)*

Der zivilprozessuale Begriff der Urkunde ist vom strafrechtlichen streng zu 348  
unterscheiden. Nach Art. 177 ZPO gelten als (zivilprozessuale) Urkunden  
Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonauf-  
zeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind,  
rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Dass der zivilprozessuale Urkun-  
denbegriff damit über den strafrechtlichen hinausgeht, wurde an anderer  
Stelle bereits festgehalten<sup>860</sup> und ist nach den allgemeinen Erläuterungen  
zum strafrechtlichen Begriff der Urkunde evident.<sup>861</sup> Nur wenn eine zivilpro-  
zessuale Urkunde unter den engeren strafrechtlichen Urkundenbegriff fällt,  
kann diese Gegenstand eines Urkundendelikts sein. Zu den Voraussetzungen,  
die dazu erfüllt sein müssen, kann auf die allgemeinen Ausführungen ver-  
wiesen werden.<sup>862</sup>

In der Praxis mag es sich bei den zivilprozessualen Urkunden durchaus re- 349  
gelmässig um Urkunden i.S. des strafrechtlichen Begriffs handeln. Es ist  
allerdings auch nicht zu übersehen, dass zahlreiche zivilprozessuale Urkun-

<sup>855</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.82 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 164 ff.

<sup>856</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 173, N 175; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.93 ff.

<sup>857</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 11; DONATSCH/WOHLERS, S. 142 f.; STRA-  
TENWERTH/BOMMER, § 35 N 3, N 6, N 33.

<sup>858</sup> Siehe vorn N 345.

<sup>859</sup> Siehe hinten N 436 ff.

<sup>860</sup> Siehe vorn N 118 f.

<sup>861</sup> Siehe vorn N 334 ff.

<sup>862</sup> Siehe vorn N 334 ff.

den nicht unter den strafrechtlichen Begriff der Urkunde subsumiert werden können. Zu denken ist etwa an die bereits erwähnten EKG, EEG oder Röntgenbilder bzw. Tagebücher, Merk- und Denkkzettel, Entwürfe oder privaten Notizen.<sup>863</sup>

*cc) Augenschein (Art. 168 Abs. 1 lit. c ZPO)*

- 350 Das Gericht kann zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhalts einen Augenschein durchführen (Art. 181 Abs. 1 ZPO). Augenschein ist die sinnliche Wahrnehmung der Existenz all dessen, was durch den Seh-, Gehörs-, Geruchs-, Geschmacks- oder Tastsinn wahrgenommen werden kann.<sup>864</sup> Weil die strafrechtliche Urkunde visuelle Wahrnehmbarkeit voraussetzt,<sup>865</sup> kann es sich beim Augenscheinsobjekt von vornherein nicht um eine strafrechtliche Urkunde handeln, soweit es durch den Gehörs-, Geruchs-, Geschmacks- oder Tastsinn wahrgenommen wird. Doch auch bei den Augenscheinsobjekten, die visuell wahrgenommen werden, handelt es sich grundsätzlich nicht um Urkunden i.S. des strafrechtlichen Begriffs, weil es nicht um die Wahrnehmung allenfalls im Objekt verkörperter menschlicher Gedankenerklärungen geht, sondern der Existenz, Lage, Beschaffenheit oder Eigenschaft des Objekts.<sup>866</sup> Ausnahmen sind jedoch denkbar, etwa der Augenschein eines Grenzsteins oder anderen Grenzzeichens bzw. eines öffentlichen Vermessungs- oder Wasserstandszeichens, für die als besondere Zeichen i.S. des strafrechtlichen Urkundenbegriffs eine Sonderregelung besteht.<sup>867</sup> Im Rahmen des Augenscheins wären also gegebenenfalls die entsprechenden Tatbestände zu prüfen.
- 351 Betreffend Protokoll, das über den Augenschein zu führen ist (Art. 182 ZPO), ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zu verweisen.<sup>868</sup>

---

<sup>863</sup> Siehe vorn N 336.

<sup>864</sup> Vgl. BGE 121 V 150, E. 4b; BÜHLER, BK ZPO II, Art. 181 N 3, N 7 f., N 10, N 11; DOLGE, BSK ZPO, Art. 181 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.101; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 181 N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 177 N 8; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 198; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 181 N 3.

<sup>865</sup> Siehe vorn N 341 f.

<sup>866</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 19.

<sup>867</sup> Siehe vorn N 340.

<sup>868</sup> Siehe vorn N 345.



*dd) Gutachten (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO)*

Auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen kann *das Gericht*<sup>869</sup> bei einer 352  
oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen (Art. 183  
Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es erscheint klar, dass das schriftlich erstattete Gutach-  
ten ein Schriftstück ist, das eine menschliche Gedankenerklärung verkörpert  
und dessen Aussteller erkennbar ist, womit es grundsätzlich die Vorausset-  
zungen erfüllen kann, die an eine Urkunde im strafrechtlichen Sinn gestellt  
werden,<sup>870</sup> und mithin als Objekt von Urkundendelikten in Betracht zu zie-  
hen ist.<sup>871</sup>

Ein Gutachten kann auch mündlich erstattet werden (vgl. Art. 187 353  
Abs. 1 ZPO). Mündliche Erklärungen werden, wie bereits an anderer Stelle  
erwähnt, von den Urkundendelikten nicht erfasst.<sup>872</sup> Über das mündliche  
Gutachten ist jedoch Protokoll zu führen (Art. 187 Abs. 2 ZPO). Diesbezüg-  
lich kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.<sup>873</sup>

*ee) Schriftliche Auskunft (Art. 168 Abs. 1 lit. e ZPO)*

Als Beweismittel kann *das Gericht*<sup>874</sup> Amtsstellen oder Privatpersonen um 354  
schriftliche Auskunft ersuchen (Art. 190 ZPO). Auch in Bezug auf die  
schriftliche Auskunft erscheint klar, dass sie ein Schriftstück ist, das eine  
menschliche Gedankenerklärung verkörpert und dessen Aussteller erkennbar  
ist, womit sie grundsätzlich die Voraussetzungen erfüllen kann, die an eine

<sup>869</sup> Zu unterscheiden von Privatgutachten, die von den Parteien selbst in Auftrag gegeben werden. Sie sind wie Parteieingaben zu behandeln (vgl. BGE 132 III 83, E. 3.4; BGE 140 III 16, E. 2.5; BGE 140 III 24, E. 3.3.3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.123; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 213 m.H.a. Botschaft ZPO, S. 7325).

<sup>870</sup> Siehe vorn N 334 ff.

<sup>871</sup> Siehe aber auch hinten N 445 f. zum Falschen Gutachten als Delikt gegen die Rechtspflege.

<sup>872</sup> Siehe vorn N 347.

<sup>873</sup> Siehe vorn N 345.

<sup>874</sup> Schriftliche Auskünfte, die nicht vom Gericht eingefordert worden sind, sind als *Urkunden* i.S.v. Art. 177 ZPO zu behandeln (HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 1; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 190 N 1; vgl. S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 2; vgl. auch BGer, Urteil v. 17.1.2002, 5P.352/2001, E. 4a f.; a.M. H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 27 ff. [Berichte ohne Beweiswert]; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 267 [als Beweismittel unbeachtlich]).

Urkunde im strafrechtlichen Sinn gestellt werden.<sup>875</sup> Auch sie muss mithin als Objekt von Urkundendelikten in Betracht gezogen werden.<sup>876</sup>

*ff) Parteibefragung und Beweisaussage*  
(Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO)

- <sup>355</sup> Das Gericht kann Parteien in der Form der Parteibefragung (Art. 191 ZPO) oder in jener der Beweisaussage (Art. 192 ZPO) formell befragen.<sup>877</sup> Die formelle Befragung ist dem Zeugnis ähnlich: Sie wird mündlich durchgeführt und zu Protokoll genommen (Art. 193 ZPO).<sup>878</sup> Mündliche Erklärungen werden, um es zu wiederholen, von den Urkundendelikten nicht erfasst.<sup>879</sup> In Bezug auf das Protokoll kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.<sup>880</sup> Auf die Parteibefragung wird im Rahmen der zivilprozessualen Disziplinarmaßnahmen,<sup>881</sup> auf die Beweisaussage im Rahmen der Delikte gegen die Rechtspflege zurückzukommen sein.<sup>882</sup>

*d) Gerichtlicher Entscheid*

- <sup>356</sup> Gerichtliche Entscheide sind den Parteien schriftlich mitzuteilen (vgl. Art. 138 Abs. 1, Art. 139 Abs. 1, Art. 141 Abs. 1 ZPO).<sup>883</sup> Im Vordergrund steht die Frage, ob und, wenn ja, inwiefern die schriftliche Eröffnung bestimmt und geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.<sup>884</sup> Dazu meint HAEFLIGER: «Es [das schriftliche Urteil] beweist, welche Richter anwesend waren, wann das Urteil gesprochen wurde, wer als Partei erschien und welche Anträge gestellt wurden. Es beweist ferner in seinem Dispositiv, wie das Gericht entschieden hat, in seinen Erwägungen, welche Tatsachen das Gericht als nachgewiesen betrachtete. Dass aber der Sachverhalt wirklich so ist, wie das Gericht es annahm, das kann das schriftliche

---

<sup>875</sup> Siehe vorn N 334 ff.

<sup>876</sup> Vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 272; vgl. auch BStGer, Beschluss v. 20.12.2013, BB.2013.163, E. 2.5.2 (Amtsbericht im Strafverfahren).

<sup>877</sup> Zu unterscheiden von der sog. *informativen* bzw. *formlosen Parteibefragung*, die kein Beweismittel ist (vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 275).

<sup>878</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.139; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 289.

<sup>879</sup> Siehe vorn N 347.

<sup>880</sup> Siehe vorn N 345.

<sup>881</sup> Siehe hinten N 489 ff.

<sup>882</sup> Siehe hinten N 408 ff.

<sup>883</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. N 177.

<sup>884</sup> Siehe vorn N 337.

Urteil nicht beweisen und beweist es nicht.»<sup>885</sup> Im Rahmen des untersuchten Verhaltens können Urkundendelikte im Zusammenhang mit gerichtlichen Entscheiden mithin ausgeschlossen werden.

### e) *Zwischenfazit*

Im Rahmen des untersuchten Verhaltens sind Urkundendelikte grundsätzlich nur im Zusammenhang mit den Beweismitteln, hauptsächlich im Zusammenhang mit (zivilprozessualen) Urkunden<sup>886</sup>, Gutachten<sup>887</sup> und schriftlichen Auskünften<sup>888</sup> in Betracht zu ziehen. 357

## 2. Einzelne Tatbestände

Nach der Eingrenzung möglicher Objekte von Urkundendelikten im Rahmen des untersuchten Verhaltens soll im Folgenden auf zwei Tatbestände des Urkundenstrafrechts eingegangen werden, die im vorliegenden Kontext die grösste Bedeutung haben dürften: die Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB und die Urkundenunterdrückung nach Art. 254 StGB.<sup>889</sup> 358

### A. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)

Der mit dem Randtitel «Urkundenfälschung» bezeichnete Tatbestand von Art. 251 StGB unterscheidet drei Grundvarianten: die Urkundenfälschung i.e.S., die Falschbeurkundung und das Gebrauchmachen.<sup>890</sup> Das Gebrauch- 359

<sup>885</sup> HAEFLIGER, Falschbeurkundung, S. 409; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 80; LOTTNER, S. 174 ff.; vgl. auch RGSt 41, S. 201 ff., S. 202 f. (Hervorhebungen kursiv statt gesperrt): «Letzteres [das gerichtliche Strafurteil] bildet eine Willenserklärung des Gerichts, und nur zum Nachweise *dieser* ist die schriftliche Abfassung bestimmt. Es enthält die getroffene Entscheidung und ihre Unterlage in der *tatsächlichen Feststellung* und in der *Rechtsanwendung* auf diese. Es beweist, daß das Gericht von der Wahrheit gewisser Tatsachen überzeugt gewesen ist, aber nicht, daß die Tatsachen, welche der Richter auf Grund seiner Überzeugung als erwiesen hingestellt hat, *objektiv wahr* sind.»

<sup>886</sup> Siehe vorn N 348 f.

<sup>887</sup> Siehe vorn N 352 f.

<sup>888</sup> Siehe vorn N 354.

<sup>889</sup> In diesem Zusammenhang wären gegebenenfalls auch die Spezialtatbestände der Urkundenfälschung im Amt nach Art. 317 StGB und das Falsche ärztliche Zeugnis nach Art. 318 StGB zu prüfen, worauf hier verzichtet wird.

<sup>890</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 153; PIETH, S. 219; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 1 f., N 26, N 50.

machen setzt als sog. *Anschlussstat* eine Urkundenfälschung i.e.S. oder eine Falschbeurkundung voraus.<sup>891</sup> Es erscheint deshalb sinnvoll, zunächst die Urkundenfälschung i.e.S. und die Falschbeurkundung zu behandeln, selbst wenn konkret lediglich ein Gebrauchmachen in Frage kommen sollte.

**a) Urkundenfälschung im engeren Sinn**

- <sup>360</sup> Urkundenfälschung i.e.S. begeht, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine Urkunde fälscht, verfälscht oder die echte Unterschrift oder das echte Handzeichen eines anderen zur Herstellung einer unechten Urkunde benützt (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 2 StGB).<sup>892</sup> Urkundenfälschung i.e.S. der Partei ist zum Beispiel im Fall «Investitionen»<sup>893</sup> in Betracht zu ziehen, in dem der Beschuldigte eine Vereinbarung mit der nachgeahmten Unterschrift des Widerbeklagten anfertigte und dem Gericht zum Beweis der Widerklageforderung einreichte, oder im Fall «Nel frattempo deceduta»<sup>894</sup>, in dem der Beschuldigte eine Quittung mit nachgeahmter Unterschrift des inzwischen verstorbenen Empfängers anfertigte und dem Gericht zum Beweis einer Zahlung vorlegte.

**aa) Objektiver Tatbestand**

- <sup>361</sup> «*Fälschen* ist das Herstellen einer unechten Urkunde. Eine Urkunde ist unecht, wenn deren wirklicher Urheber nicht mit dem aus ihr ersichtlichen Aussteller übereinstimmt bzw. wenn sie den Anschein erweckt, sie rühre von einem anderen als ihrem tatsächlichen Urheber her. Wirklicher Aussteller einer Urkunde ist derjenige, dem sie im Rechtsverkehr als von ihm autorisierte Erklärung zugerechnet wird. Dies ist gemäss der insoweit vorherrschenden sogenannten «Geistigkeitstheorie» derjenige, auf dessen Willen die Urkunde nach Existenz und Inhalt zurückgeht (...).»<sup>895</sup> Als *Verfälschen* kann

---

<sup>891</sup> SCHUBARTH, Urkundendelikte, S. 388, S. 389 f.; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 162.

<sup>892</sup> Vgl. DONATSCH/WOHLERS, S. 153; PIETH, S. 219 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 2, N 18; vgl. auch BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 1 f., N 46, N 61; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 2.

<sup>893</sup> Siehe vorn N 16.

<sup>894</sup> Siehe vorn N 34.

<sup>895</sup> BGE 137 IV 167, E. 2.3.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 2 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 154 f.; PIETH, S. 219; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 3 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 3; TRECH-

man den den Spezialfall des Fälschens bezeichnen, «(...) dass jemand den Inhalt einer von jemand anderem ausgestellten Urkunde eigenmächtig abändert, und zwar so, dass der Anschein entsteht, der ursprüngliche Aussteller habe ihr diesen Inhalt gegeben. Der Aussteller dieser abgeänderten Urkunde und der aus ihr selbst ersichtliche Aussteller sind nicht identisch.»<sup>896</sup> Der sog. *Blankettmissbrauch* ist – wie sich schon aus der Umschreibung im Gesetz ergibt – das Benutzen einer echten Unterschrift oder eines echten Handzeichens eines anderen zur Herstellung einer unechten Urkunde; auch hier wird letztlich über die Identität des Ausstellers der Urkunde getäuscht.<sup>897</sup>

#### bb) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand der Urkundenfälschung i.e.S. setzt einmal *Vorsatz* <sup>362</sup> bzw. *Eventualvorsatz* voraus (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).<sup>898</sup> Zum Vorsatz allgemein sind bereits Ausführungen gemacht worden, auf die verwiesen werden kann.<sup>899</sup>

Beim Vorsatz wird teilweise ergänzend angeführt, dass «(...) [i]n den Fällen <sup>363</sup> von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 [StGB] (...) zudem das Bewusstsein und der Wille vorhanden sein [müssen], dass die Urkunde – wenn auch durch jemanden anderen – als echt (...) verwendet wird»<sup>900</sup>. Sachlich betrifft diese Ergänzung

SEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 3; vgl. auch CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 554 ff.; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 55 ff.

<sup>896</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 14; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 46 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 155; PIETH, S. 220; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 4; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 4; vgl. auch CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 557 ff.; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 67 ff.

<sup>897</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 61 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 155; PIETH, S. 220; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 18; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 5; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 5; vgl. auch CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 559 f.; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 77 ff.

<sup>898</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 181; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 581; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 171; DONATSCH/WOHLERS, S. 163; PIETH, S. 221; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 6; vgl. – zur Falschbeurkundung – BGE 135 IV 12, E. 2.2; BGE 138 IV 130, E. 3.2.1.

<sup>899</sup> Siehe vorn N 282.

<sup>900</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 163 m.H.a. BGE 100 IV 180, E. 3a, BGE 101 IV 53, E. I.3a, BGE 103 IV 178, E. IV; vgl. CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 581; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 171 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 6.

nicht den Vorsatz, sondern die Absicht des Täters.<sup>901</sup> In dem als Beleg u.a. angeführten BGE 101 IV 53 kommt dies zum Ausdruck, wenn erwogen wird, dass es nicht genüge, «(...) dass der Täter willentlich eine Schrift fälscht, von der er weiss, dass sie geeignet oder bestimmt ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, sondern dass es überdies der *Täuschungsabsicht* bedarf, der Täter muss den unrechtmässigen Vorteil bzw. die Schädigung mittels der Täuschung anstreben. Art. 251 StGB ist zum Schutz von Treu und Glauben im Verkehr erlassen worden. Dieses Rechtsgut wird jedoch nur gefährdet, wenn der Täter mit dem Willen fälscht, das Falsifikat zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen, es als echt zu verwenden (...).»<sup>902</sup> Dabei genügt die Eventualabsicht.<sup>903</sup> Zur Vollendung nicht erforderlich ist die Verwirklichung der Absicht.<sup>904</sup>

- 364 Nach dem Wortlaut von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB muss der Täter zudem die Absicht – bzw. Eventualabsicht<sup>905</sup> – haben, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen *oder* sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen.<sup>906</sup> Ob sich die Schädigung oder der Vorteil verwirklicht, ist für die Vollendung wiederum irrelevant.<sup>907</sup> Die *Schädigungsabsicht* kann sich nicht nur gegen fremdes Vermögen i.S. des juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs richten,<sup>908</sup> sondern auch andere

---

<sup>901</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 182 ff.; PIETH, S. 221; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 21, N 24; vgl. auch DONATSCH/WOHLERS, S. 163.

<sup>902</sup> BGE 101 IV 53, E. I.3a m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGE 103 IV 178, E. IV; BGE 118 IV 254, E. 5; BGE 121 IV 216, E. 4; BGE 135 IV 12, E. 2.2; BGE 138 IV 130, E. 3.2.4.

<sup>903</sup> BGE 135 IV 12, E. 2.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 182; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 581; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 172; DONATSCH/WOHLERS, S. 163; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 12.

<sup>904</sup> BGer, Urteil v. 14.7.2009, 6B\_183/2009, E. 4.4.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 182; DONATSCH/WOHLERS, S. 163; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 12.

<sup>905</sup> BGE 102 IV 191, E. 4; BGer, Urteil v. 14.7.2009, 6B\_183/2009, E. 4.4.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 185; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 582; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 175; DONATSCH/WOHLERS, S. 163; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 6.

<sup>906</sup> Vgl. BGE 102 IV 191, E. 4; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 6.

<sup>907</sup> BGer, Urteil v. 14.7.2009, 6B\_183/2009, E. 4.4.2; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 582; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 174; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 21; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 13; vgl. BGE 114 IV 126, E. 2c.

<sup>908</sup> Vgl. BGE 83 IV 75, E. 3b; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 186; CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 582; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 177; STRATENWERTH/BOMMER, § 36

fremde Rechte. Als letztere «(...) kommen alle subjektiven Rechte in Betracht, und eine Schädigung wird immer dann vorliegen, wenn die Ausübung solcher Rechte durch die Urkundenfälschung erschwert oder vereitelt wird»<sup>909</sup>. Die *Vorteilsabsicht* kann sich auf «jede Besserstellung» beziehen.<sup>910</sup> Streitig ist allerdings, wann ein Vorteil als unrechtmässig zu gelten hat. Das Bundesgericht bejaht *Unrechtmässigkeit* insbesondere in der vorliegenden relevanten Konstellation: «(...) [W]er den ihm obliegenden Beweis im Zivilprozess mit erlaubten Mitteln nicht erbringen kann, [hat] die Folgen auf sich zu nehmen, selbst wenn dadurch sein materielles Recht verletzt wird. Es steht ihm nicht zu, durch Anfertigung falscher Urkunden die Beweislage zu seinen Gunsten zu verändern und seine Gewinnchancen im Prozess auf diese Weise zu erhöhen. Das widerspräche dem Interesse des Staates an einer zuverlässigen Rechtsprechung (...). Wer solches unternimmt, erstrebt daher einen unrechtmässigen Vorteil, und zwar unbekümmert darum, ob der im Streite liegende Rechtsanspruch begründet ist oder nicht.»<sup>911</sup> Ein Teil der Lehre lehnt diese Rechtsprechung jedenfalls nicht ab,<sup>912</sup> der andere widerspricht.<sup>913</sup> Folgt man der Meinung des Bundesgerichts, kann man im Fall der

N 22. Zum juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff siehe vorn N 201, N 202, N 205 ff.

<sup>909</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 22; vgl. BGer, Urteil v. 14.7.2009, 6B\_183/2009, E.4.4.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 186; DONATSCH/WOHLERS, S. 163 f.; vgl. auch CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 582; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 178.

<sup>910</sup> BGE 74 IV 54; zuletzt etwa BGE 129 IV 53, E. 3.3; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 193; DONATSCH/WOHLERS, S. 164; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 23; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 7; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 15; vgl. CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 583; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 180.

<sup>911</sup> BGE 83 IV 81 m.w.H.; vgl. BGE 88 IV 28, E. 1e; BGE 102 IV 29, E. 2c; BGE 106 IV 41, E. 3a/cc; BGE 106 IV 375, E. 2a; BGE 118 IV 254, E. 5 (Streitfrage offengelassen); BGE 119 IV 234, E. 2c; BGE 128 IV 265, E. 2.2; zuletzt etwa BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, E. 5.2 (= SJ 2014 I, S. 201 ff.); vgl. auch BGE 121 IV 90, E. 2b; BGE 121 IV 216, E. 2; BGE 123 IV 17, E. 2d; BGE 129 IV 53, E. 3.3; BGE 135 IV 12, E. 2.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 210; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 8; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>912</sup> Vgl. zust. CORBOZ, *Le faux dans les titres*, S. 583 f.; SCHULTZ, *Rechtsprechung* 1980, S. 26 f.; WAIBLINGER, *Rechtsprechung* 1957, S. 188 f.; in diesem Sinn, ohne auf die erwähnte Rechtsprechung Bezug zu nehmen SCHWANDER, N 700; WALDER, *Falschbeurkundung*, S. 82; indifferent CORBOZ, *Infractions II*, Art. 251 N 183; PIETH, S. 221; vgl. auch D. RÜETSCHI, S. 239.

<sup>913</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 210; DONATSCH/WOHLERS, S. 164; ROBERT, S. 437 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 23; STRATENWERTH/WOHLERS,

Selbsthilfe i.e.S. – die Partei ist davon überzeugt, dass der geltend gemachte Anspruch materiell-rechtlich geschützt bzw. der bestrittene Anspruch nicht geschützt ist<sup>914</sup> – Absicht auf unrechtmässigen Vorteil nicht ausschliessen. Die Partei kann sich mithin der Urkundenfälschung strafbar machen.<sup>915</sup> Lehnt man die Meinung des Bundesgerichts ab, kann sie sich mangels Absicht unrechtmässigen Vorteils nicht strafbar machen.

- <sup>365</sup> Als Argument für die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird angeführt, dass der angestrebte Vorteil nicht vermögensrechtlicher Natur sein müsse<sup>916</sup> und mit den Urkundendelikten der Beweiswert geschützt werden solle, den Urkunden allgemein genossen.<sup>917</sup> Die Unrechtmässigkeit könne deshalb nicht mit jener der Bereicherung bei den Vermögensdelikten verglichen werden.<sup>918</sup> Der Urkundenfälscher strebe nicht zwingend einen direkten Vermögensvorteil an, sondern suche – ohne Recht – den erhöhten Beweiswert von Urkunden zu nutzen, dessentwegen Urkunden gerade geschützt seien.<sup>919</sup> Damit handle der Täter in der Absicht, sich einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen.<sup>920</sup> Die Übernahme der gegenteiligen Ansicht führte dazu, dass sämtliche Urkundenfälschungen, die begangen würden, um einen begründeten, aber mit den vorhandenen Beweismitteln schwierig oder gar nicht belegbaren Anspruch durchzusetzen, straflos blieben.<sup>921</sup> Das wiederum hätte zur Folge, dass mit einer beträchtlichen Vermehrung von Urkundenfälschung im Zusammenhang mit der Durchsetzung begründeter – oder vermeintlich begründeter – Ansprüche zu rechnen wäre, womit die Erledigung der den Zivilgerichten zugedachten Aufgabe verunmöglicht würde, die nunmehr jeder Urkunde zu misstrauen hätten.<sup>922</sup>

---

Art. 251 StGB N 8; wohl auch TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16; in diesem Sinn bereits E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 600 Fn. 3.

<sup>914</sup> Siehe vorn N 303 f.

<sup>915</sup> Vgl. D. RÜETSCHI, S. 239.

<sup>916</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c m.H.a. SCHWANDER, N 700; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>917</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c m.H.a. SCHULTZ, Rechtsprechung 1980, S. 26 f.; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>918</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c m.H.a. ROBERT, S. 437 f., der diesen Vergleich anstellt; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>919</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>920</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>921</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>922</sup> BGE 119 IV 234, E. 2c; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.



STRATENWERTH/BOMMER – denen sich die übrigen Autoren, die die bundesgerichtliche Rechtsprechung ablehnen, anschliessen – bringen dagegen mit Recht vor, dass «(...) [a]uf diese Weise (...) das Absichtserfordernis nahezu bedeutungslos [wird]: Der Vorteil, der schon im Beweiswert der Urkunde als solcher liegt, ist bei gefälschten Urkunden *immer* unrechtmässig. Er kann bei sinnvoller Auslegung also nicht gemeint sein. Stattdessen sollte es stets um einen *mit Hilfe* des (unrechtmässigen) Beweiswertes erstrebten Vorteil gehen, auf den der Täter keinen Anspruch hat (...).»<sup>923</sup> Über das Argument kann nach hier vertretener Meinung nicht hinweggesehen werden. Die vornehmlich folgenorientiert begründete bundesgerichtliche Rechtsprechung ist mithin abzulehnen. 366

Als Beispiel für die vorliegende Problematik kann der Fall «Nel frattempo deceduta»<sup>924</sup> angeführt werden, der bereits im Zusammenhang mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung beim Betrug zur Sprache gekommen ist.<sup>925</sup> Der Beschuldigte legte zum Beweis einer Zahlung eine von ihm angefertigte Quittung mit gefälschter Unterschrift des inzwischen verstorbenen Empfängers vor. Absicht unrechtmässiger Bereicherung i.S.v. Art. 146 StGB wurde vom Bundesgericht verneint, Absicht unrechtmässigen Vorteils i.S.v. Art. 251 StGB dagegen bejaht: «In realtà se la parte, che produce in causa un documento falso al fine di provare una pretesa realmente esistente, non agisce a scopo di indebito profitto ai sensi dell'art. 146 CP, tale scopo è invece dato per la fattispecie di falsità in documenti, reato per il quale l'imputato è stato condannato. Secondo la giurisprudenza, infatti, vi è indebito profitto giusta l'art. 251 CP qualora l'autore usi il falso documento per provare una pretesa, seppur legittima, atteso che in tal modo punta a beneficiare indebitamente della sua forza probatoria e a migliorare la sua posizione processuale. L'ottimizzazione dei mezzi di prova di cui dispone costituisce un indebito profitto ai sensi dell'art. 251 CP, anche se tesa a far riconoscere una pretesa fondata, ma difficile o impossibile da dimostrare (...).»<sup>926</sup> Die hier mit einem 367

<sup>923</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 23; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 210; DONATSCH/WOHLERS, S. 164; ROBERT, S. 437 f.; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

<sup>924</sup> Siehe vorn N 34.

<sup>925</sup> Siehe vorn N 300.

<sup>926</sup> BGer, Urteil v. 10.2.2014, 6B\_1005/2013, 6B\_1047/2013, E. 5.2 m.w.H. (= SJ 2014 I, S. 201 ff.: «En effet, si une partie au procès qui produit un faux document aux fins de prouver l'existence d'une prétention qui existe réellement n'agit pas dans un dessein d'enrichissement illégitime au sens de l'art. 146 CP, ce dessein est en revanche donné

Teil der Lehre vertretene Ansicht führt in der verhandelten Konstellation demgegenüber zur Verneinung auch der Absicht unrechtmässigen Vorteils i.S.v. Art. 251 StGB.

- 368 Angesichts des unbeirrten Festhaltens des Bundesgerichts an seiner Rechtsprechung ist auf den Einwurf von TRECHSEL/ERNI hinzuweisen, die eine Lösung im (Beweis-)Notstand i.S.v. Art. 17 f. StGB suchen. Soweit es um Urkundenfälschung im Zivilprozess geht – was hier allein interessiert –, dürfte der Berufung auf (Beweis-)Notstand höchstens im Rahmen einer Strafmilderung Erfolg beschieden sein. Das Bundesgericht wurde in der vorliegenden Untersuchung schon einmal mit den Worten zitiert,<sup>927</sup> dass «(...) wer den ihm obliegenden Beweis im Zivilprozess mit erlaubten Mitteln nicht erbringen kann, die Folgen auf sich zu nehmen [hat], selbst wenn dadurch sein materielles Recht verletzt wird»<sup>928</sup>. Wer das sagt, dürfte bei Selbsthilfe i.e.S. weder das private Interesse einer Partei an der Durchsetzung ihrer Rechte als – im Vergleich zum Interesse der Allgemeinheit an der Verlässlichkeit von Urkunden als Beweismittel<sup>929</sup> – höherwertig noch dessen Preisgabe als unzumutbar beurteilen. Infrage käme damit nur noch Strafmilderung gestützt auf Art. 18 Abs. 1 StGB. Das Bundesgericht berücksichtigt den Umstand, dass der Täter einen (vermeintlich) materiell-rechtlich geschützten Anspruch durchsetzen will, bisher nur, aber immerhin, strafmindernd.<sup>930</sup>

---

pour l'infraction de faux dans les titres pour laquelle l'accusé a été condamné. Selon la jurisprudence en effet, il faut retenir un dessein d'avantage illicite au sens de l'art. 251 CP lorsque l'auteur fait usage d'un faux titre pour prouver l'existence d'une prétention, même si cette dernière est légitime. Par un tel procédé l'auteur cherche à bénéficier sans droit de la force probante du document et à améliorer ainsi sa position en procédure. L'amélioration des moyens de preuve à disposition constitue en effet un avantage illicite au sens de l'art. 251 CP, même s'il tend à établir une prétention fondée, mais qu'il est difficile ou impossible de prouver [...].»).

<sup>927</sup> Siehe vorn N 364.

<sup>928</sup> BGE 83 IV 81.

<sup>929</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Vor Art. 251 N 5; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 535 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 1 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 140; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 36 N 1; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 1.

<sup>930</sup> BGE 106 IV 41, E. 3a/cc; vgl. TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 16.

**b) Falschbeurkundung**

Falschbeurkundung begeht, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 2 StGB).<sup>931</sup> Die Umschreibung enthält nicht nur die Begehung in unmittelbarer Täterschaft, sondern – an sich überflüssig, weil schon nach den allgemeinen Regeln strafbar – auch die Begehung in mittelbarer Täterschaft.<sup>932</sup> «Der Tatbestand der Falschbeurkundung betrifft ausschliesslich echte, aber inhaltlich unwahre Urkunden. Ist eine Urkunde unecht, greift immer schon der Tatbestand der Urkundenfälschung i.e.S. ein, so dass sich die Frage nach der Wahrheit nicht mehr stellt (...).»<sup>933</sup> In Betracht zu ziehen ist eine Falschbeurkundung der Partei beispielsweise im Fall «P. und K.»<sup>934</sup>, in dem einer der Beschuldigten u.a. eine inhaltlich unwahre Liste von bezahlten Kreditoren einreichte, die er zuvor «dilettantisch erweitert» hatte,<sup>935</sup> oder ein Versuch dazu im Fall «ABS/ESP»<sup>936</sup>, in dem der Beschuldigte in den zu begutachtenden Pkw einen weiteren «Mangel» einbaute.

**aa) Objektiver Tatbestand**

Falschbeurkundung ist «(...) die Errichtung einer echten, aber unwahren Urkunde, bei der der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen»<sup>937</sup>. Schwierigkeiten bei der Falschbeurkundung

<sup>931</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 1, N 64; DONATSCH/WOHLERS, S. 153; PIETH, S. 219; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 26; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 9.

<sup>932</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 161; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 82; DONATSCH/WOHLERS, S. 161; PIETH, S. 223; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 47; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 12; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 10; VEST, Probleme des Urkundenstrafrechts, S. 883.

<sup>933</sup> BGE 131 IV 125, E. 4.3 m.w.H.; vgl. BGE 138 IV 209, E. 5.3; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 67; DONATSCH/WOHLERS, S. 165; PIETH, S. 222 Fn. 1362; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 9; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 6.

<sup>934</sup> Siehe vorn N 14.

<sup>935</sup> BGE 122 IV 197, E. 3b f.

<sup>936</sup> Siehe vorn N 20.

<sup>937</sup> BGE 138 IV 130, E. 2.1; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 64; DONATSCH/WOHLERS, S. 153; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 29; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 6.

ergeben sich aus dem Erfordernis der Beweiseignung bzw. bei der Beantwortung der Frage, wann etwas unrichtig «beurkundet» ist.<sup>938</sup> Nur wenn die Urkunde gerade in Bezug auf das, worüber sie sich unrichtig äussert, geeignet ist, zu beweisen, kann eine Falschbeurkundung vorliegen.<sup>939</sup> Das hängt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung davon ab, ob dem Schriftstück – bzw. Zeichen oder Datenträger – diesbezüglich «(...) eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihm daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Das ist der Fall, wenn *allgemeingültige objektive Garantien* die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen. Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftlicher Äusserungen genügen dagegen nicht, mögen sie auch zur Folge haben, dass sich der Geschäftsverkehr in gewissem Umfang auf die entsprechenden Angaben verlässt (...).»<sup>940</sup> Nach der – von der Lehre kritisch betrachteten<sup>941</sup> – bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die erhöhte Glaubwürdigkeit auch durch eine *garantenähnliche Stellung des Ausstellers* bzw. ein besonderes Vertrauensverhältnis desselben zum Empfänger begründet sein.<sup>942</sup>

- 371 Bei dieser Ausgangslage lässt sich die Frage, wann eine Falschbeurkundung vorliegt, letztlich nur im Einzelfall – und auch dort nicht immer eindeutig – unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beantworten.<sup>943</sup> Das gilt für die vorliegend als Objekte möglicher Urkundendelikte in Betracht gezogenen Beweismittel im Zivilprozess – Urkunde, Gutachten und schriftliche

---

<sup>938</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 68 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 158; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 28, N 30. Siehe auch vorn N 337.

<sup>939</sup> Siehe vorn Fn. 828.

<sup>940</sup> BGE 138 IV 130, E. 2.1 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGE 138 IV 209, E. 5.3; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 71; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 567 ff.; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 119 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 158 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 36; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 11; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 9.

<sup>941</sup> Vgl. CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 571 ff.; CORBOZ, Infractions II, Art. 251 N 139 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 160 f.; MAIHOLD, S. 91; PIETH, S. 223 Fn. 1371; STRATENWERTH, Falschbeurkundung, S. 171 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 42, N 44; VEST, Probleme des Urkundenstrafrechts, S. 884 f.

<sup>942</sup> BGE 138 IV 130, E. 2.2.1; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 101 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 11; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 9.

<sup>943</sup> Vgl. BGE 122 IV 332, E. 2b; BGE 123 IV 61, E. 5b; BGE 125 IV 17, E. 2a/aa; BGE 125 IV 273, E. 3a/aa; BGE 126 IV 65, E. 2a; BGE 129 IV 130, E. 2.1; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 69; CORBOZ, Le faux dans les titres, S. 573; DONATSCH/WOHLERS, S. 158; MAIHOLD, S. 87, S. 90; VEST, Probleme des Urkundenstrafrechts, S. 883, S. 886.

Auskunft<sup>944</sup> – gleichermassen. Was Gutachten und schriftliche Auskunft angeht, sind jedoch Besonderheiten erkennbar, die Einfluss auf die Beurteilung haben.

(1) Besonderheiten betreffend das Gutachten

So ist die sachverständige Person, die das *Gutachten* erstattet, nach Art. 184 Abs. 1 ZPO zur Wahrheit verpflichtet. Sie wird vom Gericht instruiert, das ihr die abzuklärenden Fragen stellt (Art. 185 Abs. 1 ZPO), womit der Inhalt des Gutachtens festgelegt wird. Damit dürften allgemeingültige objektive Garantien vorliegen, die die Wahrheit der im Gutachten enthaltenen Erklärungen gegenüber Dritten grundsätzlich gewährleisten, so dass bei Abweichungen vom wirklichen Sachverhalt der objektive Tatbestand der Falschbeurkundung regelmässig als erfüllt betrachtet werden muss. 372

Der Grundsatz befreit freilich nicht davon, den Einzelfall zu prüfen, wie ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt:<sup>945</sup> Es galt zu entscheiden, ob die nachweislich falsche «(...) Vorbemerkung zur Zusammenfassung des Hauptgutachtens, wonach die Schlussfolgerungen gemeinsam mit den beteiligten Spezialärzten erarbeitet worden seien und sich alle ausdrücklich damit einverstanden erklärt hätten (...)»<sup>946</sup>, als unrichtige Beurkundung einer *rechtlich erheblichen Tatsache* zu würdigen war.<sup>947</sup> Das Bundesgericht verneinte dies, weil sich nicht sagen liess, «(...) der Behauptung, wonach die Beurteilung durch die verschiedenen Fachärzte gemeinsam erfolgt sei, komme eine besondere Bedeutung zu und ein polydisziplinäres Gutachten sei nur durch den explizit erklärten Konsens verwertbar»<sup>948</sup>. Eine Falschbeurkundung darf wohl auch dann nicht angenommen werden, wenn die vom Gericht im Zivilprozess beauftragte sachverständige Person vor Aufnahme ihrer Tätigkeit beispielsweise nicht über ihre Pflicht zur wahrheitsgemässen Gutachtenerstattung belehrt worden ist. Denn vom Gericht im Zivilprozess in Auftrag gegebene Gutachten sind überhaupt nur dann verwertbar – sprich in Bezug auf deren Inhalt beweisgeeignet –, wenn die sach- 373

<sup>944</sup> Siehe vorn N 357.

<sup>945</sup> Das fragliche Gutachten wurde nicht in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben bzw. nicht von einem Gericht in Auftrag gegeben. Die im Folgenden wiedergegebenen Erwägungen scheinen jedoch auch für Gutachten i.S. des zivilprozessualen Beweismittels relevant zu sein.

<sup>946</sup> BGer, Urteil v. 5.11.2013, 6B\_416/2013, 6B\_417/2013, E. 7.3.

<sup>947</sup> BGer, Urteil v. 5.11.2013, 6B\_416/2013, 6B\_417/2013, E. 7.1.

<sup>948</sup> BGer, Urteil v. 5.11.2013, 6B\_416/2013, 6B\_417/2013, E. 7.3.

verständige Person vor Aufnahme ihrer Tätigkeit u.a. über die Pflicht zur wahrheitsgemässen Gutachtenerstattung belehrt worden ist.<sup>949</sup> Das heisst, ohne entsprechenden Hinweis scheidet das zivilprozessuale Beweismittel Gutachten als Objekt einer Falschbeurkundung mangels Beweiseignung ganz aus.

(2) Besonderheiten betreffend die schriftliche Auskunft

- 374 Betreffend *schriftliche Auskunft* zeigt sich die Ausgangslage weniger klar, denn für die Aussteller schriftlicher Auskünfte statuiert die Schweizerische Zivilprozessordnung gerade keine Wahrheitspflicht (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. a, Art. 171 Abs. 1, Art. 184 Abs. 1, Art. 191 Abs. 2, Art. 192 Abs. 2 ZPO e contrario). H.A. MÜLLER will eine solche jedoch aufgrund der «Verwandschaft» der schriftlichen Auskunft zum Zeugnis erkennen: «Derjenige, der vom Gericht aufgefordert wird, eine schriftliche Auskunft zu erstatten, unterliegt zwar nicht wie ein Zeuge der Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB. Allerdings unterliegt auch er wie ein Zeuge gemäss Art. 171 Abs. 1 ZPO der Wahrheitspflicht.»<sup>950</sup> Er stellt sich auf den Standpunkt, dass das Gericht einer zu Beweis Zwecken beigezogenen schriftlichen Auskunft «wohl» ein besonderes Vertrauen i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Falschbeurkundung entgegenbringt.<sup>951</sup> Demgegenüber erklären WEIBEL/S. NAEGELI zu falschen Auskünften: «(...) [E]ine Bestrafung wegen Falschbeurkundung (Art. 251 StGB) kommt in der Regel nicht infrage – blosse schriftliche Lügen sind grundsätzlich straflos (...).»<sup>952</sup> Zur Klärung der Frage erscheint es sinnvoll, nach Aussteller zu differenzieren:
- 375 Ist der Aussteller eine *Amtsstelle*, ist nach der Lehre von einer wahrheitsgemässen Auskunft auszugehen.<sup>953</sup> Fraglich ist, ob diese Erwartung auf einer blossen Erfahrungsregel hinsichtlich der Glaubwürdigkeit von Amtsberichten beruht, oder auf einer allgemeingültigen objektiven Garantie, die die

---

<sup>949</sup> DOLGE, BSK ZPO, Art. 184 N 6, N 16; vgl. H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 184 N 13; WEIBEL, ZK ZPO, Art. 184 N 4a; a.M. BÜHLER, Gerichtsgutachten, S. 52; PERROULAZ, SHK ZPO, Art. 184 N 10.

<sup>950</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 7.

<sup>951</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 31.

<sup>952</sup> WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 190 N 8 m.w.H.; vgl. a.M. – die Möglichkeit einer Falschbeurkundung bejahend – HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 6; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 14; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 272.

<sup>953</sup> HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 3; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 317; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 10; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 190 N 9.

Wahrheit von Amtsberichten gewährleistet. Für Letzteres spricht, was LEUENBERGER/UFFER-TOBLER implizieren, nämlich, dass Amtsstellen bei schriftlicher Auskunftserteilung *durch Amtspflicht zur Wahrheit verpflichtet* sind.<sup>954</sup> Zudem werden im Auskunftersuchen analog Art. 185 Abs. 1 ZPO die abzuklärenden Fragen gestellt,<sup>955</sup> wodurch der Inhalt der schriftlichen Auskunft festgelegt wird. Obwohl eine Ermahnung zur Wahrheit wie beim Zeugnis (Art. 171 Abs. 1 ZPO) nicht vorgesehen ist,<sup>956</sup> dürfte in der Amtspflicht zur wahrheitsgemässen Auskunft eine i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Falschbeurkundung allgemeingültige objektive Garantie zu erblicken sein, die die Wahrheit der in Amtsberichten enthaltenen Erklärungen grundsätzlich gewährleistet, so dass auch hier bei Abweichungen vom wirklichen Sachverhalt der objektive Tatbestand der Falschbeurkundung regelmässig als erfüllt zu betrachten ist.<sup>957</sup>

Die schriftliche Auskunft einer *Privatperson* unterscheidet sich insofern 376 nicht von derjenigen einer Amtsstelle, als deren Inhalt durch Fragen des Gerichts festgelegt und der Aussteller unter Umständen zur Wahrheit ermahnt wird.<sup>958</sup> Allerdings unterliegen Privatpersonen keiner Amtspflicht zur wahrheitsgemässen Auskunft. Insofern ist eine allgemeingültige objektive Garantie, die die Wahrheit der in der schriftlichen Auskunft einer Privatperson enthaltenen Erklärungen gewährleistet, nicht ersichtlich. Das von H.A. MÜLLER formulierte Postulat, Aussteller einer schriftlichen Auskunft unterlägen allgemein der Wahrheitspflicht gemäss Art. 171 Abs. 1 ZPO – bzw. Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO –,<sup>959</sup> überzeugt nicht. Dass die schriftliche Auskunft eine

<sup>954</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.125: «Da Amtsstellen einer Amtspflicht unterstehen, kann beim Am[t]sbericht auf die besonderen Formen der Beweisabnahme und insbesondere auf den Hinweis auf eine Straffolge bei Verletzung der Wahrheitspflicht verzichtet werden.» S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 19, schliesst daraus, dass der schriftlichen Auskunft einer Amtsstelle (generell) höherer Beweiswert als Auskünften von Privaten zukommt. Dieser Schluss erscheint angesichts des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung allerdings verfehlt, vgl. HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 3.

<sup>955</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 14; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 10.

<sup>956</sup> Das Auskunftersuchen erfolgt nach HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 6, ohne Ermahnung zur Wahrheit. Vgl. a.M. – nicht vorgesehen, aber zweckmässig – H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 15; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 270.

<sup>957</sup> Vgl. HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 6; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 31; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 14; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 272; a.M. WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 190 N 8.

<sup>958</sup> Siehe vorn N 375.

<sup>959</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 7.

Mischform aus Urkundenbeweis, Gutachten und Zeugnis ist,<sup>960</sup> erscheint nicht als ausreichender Grund, Privatpersonen als Aussteller einer schriftlichen Auskunft die Wahrheitspflicht eines Zeugen aufzuerlegen. Noch zur Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden, nach deren Art. 187 der Richter ausnahmsweise von Privatpersonen schriftliche Auskünfte beiziehen konnte,<sup>961</sup> befand das Bundesgericht, es treffe zu, «(...) dass die schriftliche Auskunft kein eigentliches Zeugnis ist, weil sie nicht unter Zeugenpflicht (Aussage- und Wahrheitspflicht) und nicht im Verhör vor Gericht erteilt wird, und dass sie bloss Urkundencharakter hat, ohne dem Urkundenbegriff (...) völlig zu entsprechen»<sup>962</sup>. Hier wird allerdings auch angedeutet, dass sich die vom Gericht in einem Zivilprozess ersuchte schriftliche Auskunft einer Privatperson vom Beweismittel der Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO unterscheidet, namentlich von der *nicht* vom Gericht im Zivilprozess eingeforderten schriftlichen Auskunft,<sup>963</sup> welcher generell erhöhte Glaubwürdigkeit abgesprochen wird.<sup>964</sup> Und die Aussage des Bundesgerichts kann so gedeutet werden, dass die Umstände, unter welchen die schriftliche Auskunft erteilt wird – vom Gericht eigens zur Verwendung als Beweismittel in einem bestimmten Zivilprozess eingefordert –, als allgemeingültige objektive Garantien betrachtet werden, die die Wahrheit der schriftlichen Auskunft grundsätzlich gewährleisten.<sup>965</sup> Für diese Deutung sprechen auch die Erwägungen in BGE 122 IV 332, in welchem Entscheid das Bundesgericht schriftlich erteilten Vollmachten erhöhte Glaubwürdigkeit auch im Rahmen des Verkehrs mit Untersuchungsbehörden zuspricht, mit der Begründung, dass «(...) die Schriftstücke geeignet [waren], im Strafverfahren die Einvernahme des Ausstellers als Zeuge zu ersetzen (...)»<sup>966</sup>. Schriftliche Auskünfte können

---

<sup>960</sup> Vgl. Botschaft ZPO, S. 7325; vgl. auch GASSER/RICKLI, Art. 190 ZPO N 1; HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 1; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 1, N 24 f.; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 268; vgl. ferner LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.124.

<sup>961</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 17.1.2002, 5P.352/2001, E. 3c.

<sup>962</sup> BGer, Urteil v. 17.1.2002, 5P.352/2001, E. 4a; vgl. S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 2, N 6.

<sup>963</sup> Siehe vorn Fn. 874

<sup>964</sup> Vgl. BGE 103 IV 27, E. 10; anders jedoch BGE 102 IV 29, E. 2: «(...) Bestätigung an Eides Statt (...), Frau Wolf sei an den erwähnten Tagen bei ihr in Marköbel zu Besuch gewesen und ihr Mann und ihre Nachbarn könnten den mehrtägigen Besuch ebenfalls bestätigen»; krit. WALDER, Falschbeurkundung, S. 95 ff.

<sup>965</sup> Vgl. a.M. HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 5.

<sup>966</sup> BGE 122 IV 332, E. 2c m.w.H.; vgl. BGE 103 IV 27, E. 10b: «Aber auch sie [eine einfache schriftliche Bescheinigung] wäre erst eine formlose Auskunft eines Privaten ge-



das Zeugnis ebenso ersetzen.<sup>967</sup> Es ist mithin zu erwarten, dass vom wirklichen Sachverhalt abweichende schriftliche Auskünfte als Falschbeurkundungen aufgefasst würden, auch wenn sie von Privatpersonen stammen.

Ob die schriftliche Auskunft bei einer Amtsstelle oder einer Privatperson eingeholt wird, ist im Ergebnis also gleichgültig. In beiden Fällen kann davon ausgegangen werden, dass allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten grundsätzlich gewährleisten, so dass dem Schriftstück eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und ihm das Gericht daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Weicht die schriftliche Auskunft vom wirklichen Sachverhalt ab, muss der objektive Tatbestand der Falschbeurkundung regelmässig als erfüllt betrachtet werden. 377

#### *bb) Subjektiver Tatbestand*

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands kann auf die entsprechenden Ausführungen bei der Urkundenfälschung i.e.S. verwiesen werden,<sup>968</sup> wobei sich einzig insoweit eine Abweichung ergibt, als die Urkunde unwahr statt unecht sein muss.<sup>969</sup> 378

#### *c) Gebrauchmachen*

Nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine «Urkunde dieser Art» zur Täuschung gebraucht. Erfüllt der Täter sowohl die Tatbestandsvariante des Gebrauchmachens als auch die Tatbe- 379

---

wesen, mit der sich die Behörden in einem Strafverfahren nicht hätten abfinden dürfen. Ihr wäre eine Zeugeneinvernahme oder Buchkontrolle gefolgt, wenn die berichtigte Meldung abgegangen wäre. Handelte es sich somit nicht um eine Bescheinigung mit besonderer Beweiseignung, ist eine Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB nicht gegeben.»

<sup>967</sup> HAFNER, BSK ZPO, Art. 190 N 5; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 190 N 4, N 24; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 266, N 268; wohl auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.126; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 190 N 6, N 9, N 12, N 17, N 20, N 23; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 190 N 1 f., N 6, N 8; vgl. a.M. wohl VOUILLOZ, S. 847.

<sup>968</sup> Siehe vorn N 362 ff.

<sup>969</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 49.

standsvariante der Urkundenfälschung i.e.S. oder der Falschbeurkundung, so tritt das Gebrauchmachen als mitbestrafte Nachtat zurück.<sup>970</sup>

*aa) Objektiver Tatbestand*

- 380 Mit «Urkunde dieser Art» ist eine entweder unechte oder unwahre Urkunde i.S.v. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gemeint.<sup>971</sup> «Gebrauchen bedeutet, dass die Urkunde als solche dem Opfer zugänglich gemacht wird.»<sup>972</sup> Das heisst, allein das Verschaffen der Möglichkeit der Kenntnisnahme des Falsifikats reicht aus.<sup>973</sup> Tatsächliche Kenntnisnahme durch den Adressaten ist nicht erforderlich.<sup>974</sup> Im vorliegenden Zusammenhang fällt mithin bereits das Einreichen von Falsifikaten beim Gericht darunter.<sup>975</sup>

*bb) Subjektiver Tatbestand*

- 381 Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands kann auf die entsprechenden Ausführungen bei den Fälschungstatbeständen verwiesen werden.<sup>976</sup>

*d) Täterschaft und Teilnahme der Partei*

- 382 Fragt man nach der *Strafbarkeit der Partei*, ist zu klären, inwiefern die soeben dargestellten Varianten der Urkundenfälschung für die Strafbarkeit der Partei relevant sind.

---

<sup>970</sup> BGE 95 IV 68, E. 3; BGE 96 IV 155, E. I.4; BGE 100 IV 180, E. 3a; BGE 100 IV 238, E. 5; BGE 120 IV 122, E. 5c/cc; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 165; DONATSCH/WOHLERS, S. 165; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 53; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 16; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 251 N 11.

<sup>971</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 162; DONATSCH/WOHLERS, S. 162; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 51; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 14. Siehe auch vorn N 361, N 370.

<sup>972</sup> BGE 120 IV 122, E. 5c/cc; vgl. BGer, Urteil v. 18.8.2011, 6B\_124/2011, E. 3.2; BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 163; DONATSCH/WOHLERS, S. 162; PIETH, S. 223; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 52; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 251 StGB N 14.

<sup>973</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 251 N 163.

<sup>974</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 52.

<sup>975</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 19.7.2012, 1B\_222/2012, E. 2.2.

<sup>976</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 49. Siehe auch vorn N 362 ff., N 378.

aa) *Hinsichtlich der Urkundenfälschung im engeren Sinn*

Die Urkundenfälschung i.e.S. ist in erster Linie im Zusammenhang mit Ur- 383  
kunden i.S. des zivilprozessualen Beweismittels relevant. So sind denn auch  
in den angeführten Beispielen zur Urkundenfälschung i.e.S., dem Fall «In-  
vestitionen»<sup>977</sup> und dem Fall «Nel frattempo deceduta»<sup>978</sup>, Urkunden i.S. des  
zivilprozessualen Beweismittels betroffen. Dass im Zusammenhang mit den  
zivilprozessualen Beweismitteln des Gutachtens oder der schriftlichen Aus-  
kunft über die Identität des Ausstellers getäuscht wird – oder gar im Zusam-  
menhang mit anderen Urkunden, die im Zivilprozess eine Rolle spielen,  
etwa eine Partei einer Eingabe den Anschein gibt, sie stamme von der Ge-  
genpartei<sup>979</sup> –, ist für das untersuchte Verhalten zwar denkbar, aber atypisch.

Diejenige Partei, die sich im Zivilprozess auf eine unechte Urkunde beruft, 384  
dürfte in der Regel – wie in den angeführten Fällen – auch deren Hersteller  
und damit unmittelbarer Alleintäter sein. Andere Konstellationen der Täter-  
schaft und Teilnahme der Partei sind aber nicht auszuschliessen, etwa solche,  
in denen die Partei im Hinblick auf den Zivilprozess eine Drittperson zur  
Herstellung einer unechten Urkunde i.S.v. Art. 24 StGB anstiftet oder i.S.v.  
Art. 25 StGB Hilfe leistet.

bb) *Hinsichtlich der Falschbeurkundung*

Falschbeurkundung setzt eine echte Urkunde voraus, sonst greift immer 385  
schon der Tatbestand der Urkundenfälschung i.e.S. ein.<sup>980</sup> Das heisst, die be-  
troffenen Urkunden sind zwar unwahr, täuschen aber nicht über den Ausstel-  
ler. Aussteller einer Urkunde i.S. des zivilprozessualen Beweismittels kann  
jede beliebige Person sein, insbesondere die Partei. Sie kommt deshalb auch  
ohne weiteres als unmittelbarer (Allein-)Täter in Frage, wie im – im Zu-  
sammenhang mit der Falschbeurkundung angeführten – Fall «P. und K.»<sup>981</sup>.  
Daneben sind bei Urkunden i.S. des zivilprozessualen Beweismittels auch  
sämtliche anderen Formen der Täterschaft und Teilnahme einer Partei denk-  
bar – immer vorausgesetzt, es handelt sich dabei auch um eine Urkunde i.S.  
des strafrechtlichen Begriffs.

<sup>977</sup> Siehe vorn N 16.

<sup>978</sup> Siehe vorn N 34.

<sup>979</sup> Siehe vorn Fn. 848.

<sup>980</sup> Siehe vorn N 369.

<sup>981</sup> Siehe vorn N 14.

- <sup>386</sup> Handelt es sich bei der betreffenden Urkunde um das zivilprozessuale Beweismittel des Gutachtens oder der schriftlichen Auskunft, sind ersichtlicher und wirklicher Aussteller nicht Partei, womit unmittelbare (Allein-)Täterschaft der Partei ausgeschlossen ist. Abgesehen davon sind aber auch hier sämtliche anderen Formen der Täterschaft – etwa mittelbare Täterschaft, die im Tatbestand von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB eigens erwähnt wird<sup>982</sup> – und Teilnahme in Betracht zu ziehen, wie etwa eine mittelbare Falschbeurkundung im angeführten Fall «ABS/ESP»<sup>983</sup>.

*cc) Hinsichtlich des Gebrauchmachens*

- <sup>387</sup> Immer wenn eine unechte oder unwahre Urkunde i.S. des strafrechtlichen Begriffs – sei es als Urkunde i.S. des zivilprozessualen Beweismittels, als schriftliche Auskunft oder als Gutachten – im Recht liegt, könnte jedenfalls ein Gebrauchmachen der betreffenden Urkunde durch eine Partei vorliegen. Reicht eine Partei im Zivilprozess eine unechte oder unwahre Urkunde ein, dürfte sie diese in der Regel auch selbst hergestellt haben.<sup>984</sup> Hat die Partei die betreffende Urkunde als (Allein-)Täter selbst hergestellt, tritt das Gebrauchmachen als mitbestrafte Nachtat jedoch zurück.<sup>985</sup>

**B. Unterdrückung von Urkunden (Art. 254 StGB)**

- <sup>388</sup> Der Unterdrückung von Urkunden nach Art. 254 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine Urkunde, über die er nicht allein verfügen darf, beschädigt, vernichtet, beiseiteschafft oder entwendet. Der Straftatbestand schützt das Interesse an der Verwendbarkeit von Urkunden zu Beweis Zwecken.<sup>986</sup> Es stellt sich die Frage, ob sich eine Partei im Rahmen des untersuchten Verhaltens der Unterdrückung von Urkunden nach Art. 254 StGB strafbar machen kann, indem sie der beweisbelasteten Gegenpartei den Be-

---

<sup>982</sup> Siehe vorn N 369.

<sup>983</sup> Siehe vorn N 20.

<sup>984</sup> Vgl. z.B. die bereits angeführten Fälle «Investitionen» (siehe vorn N 16) und «Nel frat-tempo deceduta» (siehe vorn N 34).

<sup>985</sup> Siehe vorn N 379.

<sup>986</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 1; DONATSCH/WOHLERS, S. 177; RIEDO, S. 917 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 36 N 1, § 37 N 26; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 1; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 1.

weis vereitelt, etwa Beweismittel zerstört, verschweigt oder deren Herausgabe verweigert.

Anlass zu prüfen, ob einen Urkundenunterdrückung vorliegt, bestünde etwa in den Fallbeispielen «Frau Sp.»<sup>987</sup>, in dem der Angeklagte insbesondere vor Bezirksgericht Zürich gegenüber dem Referenten den Erhalt eines Darlehens bestritt und einen dieses Darlehen betreffenden, von ihm unterzeichneten Schuldschein «unterdrückte», und «Naviculaire links»<sup>988</sup>, in dem der Beschuldigte anlässlich einer Akteneinsicht ein Röntgenbild unbefugterweise aus den Akten entfernt haben soll. 389

#### a) **Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand umschreibt einerseits das Tatobjekt und andererseits die Tathandlung. 390

##### aa) *Tatobjekt*

Das Tatobjekt der Urkundenunterdrückung wird umschrieben als *Urkunde*, über die der Täter nicht allein verfügen darf. Ausgangspunkt bildet auch hier der Urkundenbegriff von Art. 110 Abs. 4 StGB.<sup>989</sup> Im Fallbeispiel «Naviculaire links»<sup>990</sup> fehlt es also bereits an einem Tatobjekt, weil Röntgenbilder vom Urkundenbegriff nicht erfasst sind.<sup>991</sup> 391

*Unwahre* Urkunden können taugliches Tatobjekt sein; umstritten ist, ob auch *unechte* Urkunden Objekt einer Urkundenunterdrückung sein können.<sup>992</sup> Wenn «(...) aus der Strafbarkeit des Gebrauchs unechter Urkunden (...) folgt, dass ein Recht, die unechte Urkunde zum Nachweis der darin enthalte-

<sup>987</sup> Siehe vorn N 36.

<sup>988</sup> Siehe vorn N 38.

<sup>989</sup> Vgl. BGE 87 IV 16, E. 1a; BGE 97 IV 31, E. 2b; BGE 114 IV 31, E. 2; BGE 118 IV 35, E. 3b/cc; BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 5; CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 1; DONATSCH/WOHLERS, S. 177; RIEDO, S. 918; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 28; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 2; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 2.

<sup>990</sup> Siehe vorn N 38.

<sup>991</sup> BezAnw ZH, SJZ 1984, S. 215 f., S. 216. Siehe auch vorn N 336.

<sup>992</sup> Vgl. bejahend CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 1; RIEDO, S. 918 Fn. 6; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 2; verneinend BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 5; DONATSCH/WOHLERS, S. 177; KOHLBACHER, S. 94 f.; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 547; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 611; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 28; offengelassen in BGE 118 IV 35, E. 3b/bb f.

nen Erklärung zu nutzen, offensichtlich nicht besteht, so dass ein Recht auf den Beweiswert der Urkunde durch deren Beseitigung auch nicht verletzt werden kann (...)»<sup>993</sup>, ist nicht einzusehen, weshalb Entsprechendes nicht auch für unwahre Urkunden gelten soll. Richtig erscheint deshalb, weder die unechte noch die unwahre Urkunde als Objekt einer Urkundenunterdrückung zuzulassen.<sup>994</sup>

- <sup>393</sup> Weiter kann Objekt einer Urkundenunterdrückung nur eine Urkunde sein, über die der Täter nicht allein verfügen darf. Entscheidend ist, ob andere an der Urkunde insoweit (verfügungs-)berechtigt sind, als sie die Urkunde als Beweismittel gebrauchen dürfen.<sup>995</sup> Die Berechtigung kann durch Gesetz, Rechtsgeschäft oder behördliche Anordnung begründet sein.<sup>996</sup> Keine Berechtigung lässt sich aber etwa aus Bestimmungen, welche die Beweislast regeln,<sup>997</sup> Bestimmungen über die Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher<sup>998</sup> oder Bestimmungen, die für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vorschreiben,<sup>999</sup> ableiten. Eine Berechtigung kann sich demgegenüber z.B. aus Bestimmungen ergeben, die ein Einsichtsrecht statuieren, das «(...) dem Berechtigten einen einklagbaren Anspruch auf Einsichtnahme in die entsprechenden Dokumente» vermittelt, zu unterscheiden vom gesetzlichen Einsichtsrecht verfahrensrechtlicher Natur.<sup>1000</sup> Insbesondere die zivilprozessuale Editionsspflicht (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO) als solche bildet *keine*

---

<sup>993</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 5 (Hervorhebung unterdrückt) m.H.a. HOYER, SK StGB/D, § 274 N 6 (131. Lfg. 3/2012).

<sup>994</sup> Freilich können sowohl unechte als auch unwahre Urkunden Augenscheinsobjekte sein (vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 5; KOHLBACHER, S. 94 f.). Der spezifische Beweiswert von Augenscheinsobjekten ist allerdings strafrechtlich nicht geschützt.

<sup>995</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 2 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 2; DONATSCH/WOHLERS, S. 177; RIEDO, S. 922 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 2; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 1.

<sup>996</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 2; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 2; vgl. RIEDO, S. 922, der diese Unterscheidung in der Begründung zwar kritisiert, an ihr aber aus praktischen Gründen festhält.

<sup>997</sup> RIEDO, S. 923.

<sup>998</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 3; DONATSCH/WOHLERS, S. 177; RIEDO, S. 924; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 29; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 2; vgl. a.M. BGE 96 IV 155, E. I.6; vgl. auch BGE 118 IV 35, E. 3b/cc.

<sup>999</sup> RIEDO, S. 924.

<sup>1000</sup> Zum Ganzen RIEDO, S. 925 f.; vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 2. Zur Unterscheidung materiell-rechtlicher und prozessualer Editionspflichten vgl. etwa S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 160 N 15, N 20 ff.

ausreichende gesetzliche Grundlage.<sup>1001</sup> Erst eine entsprechende Anordnung des Gerichts vermag eine Berechtigung zu begründen.<sup>1002</sup> Beruht die Berechtigung allein auf dem Erlass der Anordnung, bleibt nach Art. 254 StGB also straflos, wer «(...) so klug war, die Urkunde bereits früher verschwinden zu lassen»<sup>1003</sup>. Damit könnte eine Bestrafung des untersuchten Verhaltens nach Art. 254 StGB häufig bereits daran scheitern, dass im Zeitpunkt der Vornahme einer Tathandlung kein taugliches Tatobjekt vorliegt.

### bb) Tathandlung

Als Tathandlung der «Unterdrückung» von Urkunden werden vier Formen 394 aufgezählt: *Beschädigen*, *Vernichten*, *Beiseiteschaffen* und *Entwenden*.<sup>1004</sup> Die Varianten lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen: Verhaltensweisen, die eine substanzielle Einwirkung auf die Urkunde beinhalten, nämlich das Beschädigen und das Vernichten,<sup>1005</sup> und solche, die keine Veränderung an der Substanz der Urkunde mit sich bringen, nämlich das Beiseiteschaffen und das – als Beiseiteschaffen verbunden mit einer Wegnahme aufzufassende<sup>1006</sup> – Entwenden.<sup>1007</sup> In jeder Variante jedoch soll die Tathandlung den Berechtigten ausserstand setzen, von der Urkunde als Beweismittel Gebrauch machen zu können.<sup>1008</sup> Fraglich ist nur, unter welchen Voraussetzungen das bei den einzelnen Varianten als erfüllt betrachtet werden kann.

<sup>1001</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 3; RIEDO, S. 926.

<sup>1002</sup> RIEDO, S. 927; vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 29; vgl. auch S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 160 N 23, der eine entsprechende Anordnung voraussetzen dürfte, wenn er von «Editionsverweigerung» spricht.

<sup>1003</sup> RIEDO, S. 927.

<sup>1004</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 30.

<sup>1005</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 3.

<sup>1006</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 10; DONATSCH/WOHLERS, S. 178; vgl. RIEDO, S. 918 («Aneignung»).

<sup>1007</sup> Vgl. J. FREY, S. 103.

<sup>1008</sup> BGE 90 IV 134, E. 1; BGE 113 IV 68, E. 2a; vgl. BGE 100 IV 23, E. 2; vgl. auch BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 6 (Hervorhebung unterdrückt): «Allen Tathandlungen wesentlich ist die Vereitelung des Beweisführungsrechts. Der Berechtigte wird dauernd am Gebrauch der Urkunde zur Beweisführung gehindert (...)»; CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 3 (Hervorhebung hinzugefügt): «Le comportement punissable consiste à rendre le titre inutilisable en tant que moyen de preuve, au préjudice de celui qui pouvait s'en prévaloir»; RIEDO, S. 918 (Hervorhebung hinzugefügt): «Die strafbare Handlung besteht gemäss Marginalie in der <Unterdrückung> einer Urkunde. Dabei ist vorausgesetzt, dass dem Berechtigten der *Gebrauch der Urkunde als Beweismittel* dauernd

(1) Beschädigen und Vernichten

- <sup>395</sup> Bezüglich des Beschädigens und Vernichtens ist zu verlangen, dass die Veränderung an der Substanz der Urkunde *irreversibel* ist. Das scheint (implizit) auch die überwiegende Meinung in der schweizerischen Lehre zu sein: DONATSCH/WOHLERS führen aus, dass «(...) [d]ie tatbestandsmässige Handlung des <Beschädigens> (...) eine derart weit gehende Beeinträchtigung der Schrift [erfordert], dass diese *nicht mehr* zum Beweis gebraucht werden kann; eine Voraussetzung, die im Fall des <Vernichtens> stets gegeben ist»<sup>1009</sup>. Bei CORBOZ heisst es: «L’auteur détruit ou altère le titre d’une manière telle qu’il ne peut *plus* servir de preuve (...)»<sup>1010</sup> RIEDO erklärt: «Beschädigt im Sinne von Art. 254 StGB ist die Urkunde erst dann, wenn sie damit ihren Wert als Beweismittel *verliert*»<sup>1011</sup>, und: «Die Vernichtung besteht in der vollständigen Zerstörung der Urkunde, etwa durch Verbrennen oder Schreddern. Mit solchen Tathandlungen ist das *dauernde* Verunmöglichen des Gebrauchs der Urkunde als Beweismittel notwendig verbunden.»<sup>1012</sup> Klar gegenteilig äussert sich – die Beschädigung betreffend<sup>1013</sup> – soweit ersichtlich einzig BOOG: «Ob sich die Beschädigung rückgängig machen lässt, ist – sofern dies jedenfalls nicht völlig mühelos möglich ist – ohne Bedeutung (...)»<sup>1014</sup>

---

verunmöglicht wird»; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 4 (Hervorhebung unterdrückt): «Die Tathandlung besteht darin, dass der Berechtigte dauernd am Gebrauch der Urkunde zur Beweisführung gehindert wird (...)»

<sup>1009</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 178 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1010</sup> CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 4 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1011</sup> RIEDO, S. 918 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1012</sup> RIEDO, S. 918 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1013</sup> Das Vernichten betreffend scheint auch BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 8 m.H.a. ZIESCHANG, LK StGB/D IX/II, § 274 N 26, Irreversibilität vorauszusetzen (Hervorhebungen unterdrückt): «Vernichten (*détruire*; *distruggere*) ist die vollständige Beseitigung der beweiserheblichen Substanz bzw. Erklärung durch Zerstören (Verbrennen, Schreddern) oder Unleserlichmachen (Übermalen, Ausradieren) der Urkunde, so dass deren gedanklicher Inhalt nicht mehr zu erkennen ist und dieselbe aufhört, als Beweismittel zu bestehen (...)»

<sup>1014</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 7 m.H.a. ZIESCHANG, LK StGB/D IX/II, § 274 N 34 ff. Siehe aber auch vorn Fn. 1008 («*dauernd* am Gebrauch der Urkunde zur Beweisführung gehindert»).



(2) Beiseiteschaffen

Bei dieser Ausgangslage bereitet nun aber vor allem die Auslegung der Variante des Beiseiteschaffens Mühe. Rechtsprechung und Lehre dazu hinterlassen nur eine diffuse Vorstellung vom entsprechenden Verhalten:

In BGE 90 IV 134 führt das Bundesgericht aus, eine Urkunde sei nicht schon jedes Mal beiseitegeschafft, «(...) wenn sie dem Berechtigten oder Mitberechtigten vorenthalten, sondern erst, wenn ihm der Gebrauch der Urkunde als Beweismittel verunmöglicht wird»<sup>1015</sup>. Im konkreten Fall – der Beschuldigte behielt zahlreiche Buchungsbelege bei sich zurück und weigerte sich, diese herauszugeben<sup>1016</sup> – sah das Bundesgericht kein Beiseiteschaffen.<sup>1017</sup> In BGE 100 IV 23 bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Auffassung: «Beiseitegeschafft ist eine Urkunde, wenn der Berechtigte oder Mitberechtigte ausserstande ist, sie als Beweismittel zu benützen, weil sie ihm unzugänglich gemacht wurde, oder wenn durch *Verstecken oder ähnliche Vorkehren* verhindert wird, dass die Schrift in ihrer Existenz und Beweiskraft zur Geltung kommt (...).»<sup>1018</sup> Im konkreten Fall – anlässlich einer Revision legte der Beschuldigte «(...) den Inspektoren Kopien von Bankgarantien nicht vor, sondern hielt sie in seinem Pult in der Bank versorgt»<sup>1019</sup> – sah das Bundesgericht ein Beiseiteschaffen.<sup>1020</sup> In BGE 113 IV 68 scheint das Bundesgericht die Tathandlung des Beiseiteschaffens unter Bezugnahme der zitierten Rechtsprechung sehr viel weiter auszulegen, wenn es erwägt, dass vorauszusetzen sei, «(...) dass der Täter dem Berechtigten den Zugriff auf die Urkunde verunmöglicht oder *zumindest in einem erheblichen Ausmass erschwert*»<sup>1021</sup>. Im konkreten Fall – der Beschuldigte leitete die eine Festgeldaufnahme betreffende Bestätigung einer Bank nicht pflicht- und ordnungsgemäss an die Buchhaltungsabteilung weiter<sup>1022</sup> – sah das Bundesgericht kein Beiseiteschaffen.<sup>1023</sup> In BGE 114 IV 31 schliesslich sah das Bundesge-

<sup>1015</sup> BGE 90 IV 134, E. 1.

<sup>1016</sup> Vgl. BGE 90 IV 134, Sachv. A.

<sup>1017</sup> Vgl. BGE 90 IV 134, E. 1.

<sup>1018</sup> BGE 100 IV 23, E. 2 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. BGE 113 IV 68, E. 2a.

<sup>1019</sup> BGE 100 IV 23, Sachv. A.

<sup>1020</sup> Vgl. BGE 100 IV 23, E. 2.

<sup>1021</sup> BGE 113 IV 68, E. 2b (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1022</sup> Vgl. BGE 113 IV 68, Sachv. A.

<sup>1023</sup> Vgl. BGE 113 IV 68, E. 2b.

richt ein Beiseiteschaffen im Weglassen von Aufzeichnungen bei der Abschrift eines Kassabuchs.<sup>1024</sup>

- 398 Die Lehre verweist zur Erörterung des Beiseiteschaffens weitgehend auf die zitierte Rechtsprechung.<sup>1025</sup> DONATSCH/WOHLERS merken in diesem Zusammenhang an, dass «(...) [d]ie Schrift (...) nicht endgültig beiseite geschafft werden [muss]. Schon ihr *vorübergehender Entzug* erfüllt zumindest dann den Tatbestand von Art. 254 Abs. 1 [StGB], wenn die Urkunde vom Berechtigten zu Beweis Zwecken im betreffenden Zeitraum benötigt wird.»<sup>1026</sup> BOOG grenzt die Tathandlung wohl enger ein, wenn er blosses vorübergehendes Vorenthalten grundsätzlich noch nicht genügen lässt, «(...) soweit dem Berechtigten der Beweis jedenfalls auch nachher noch möglich ist (...)»<sup>1027</sup>. Entsprechend soll die blosser Nichterfüllung einer rechtlich durchsetzbaren Herausgabepflicht für das Beiseiteschaffen nicht genügen.<sup>1028</sup> Als konkrete Beispiele des Beiseiteschaffens nennt BOOG *Verstecken oder Wegwerfen*.<sup>1029</sup> RIEDO umschreibt Beiseiteschaffen als dem Berechtigten den Gebrauch der Urkunde dadurch Verunmöglichen, «(...) dass sie räumlich derart verschoben wird, dass ein Zugriff auf Dauer ausgeschlossen bleibt»<sup>1030</sup>.
- 399 Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet deren Wortlaut.<sup>1031</sup> Nach einem Teil der Lehre – dem hier gefolgt wird – ist der äusserst mögliche Wortsinn zugleich Grenze der Auslegung.<sup>1032</sup> Unter «Beiseiteschaffen» ist im

---

<sup>1024</sup> Vgl. BGE 114 IV 31, E. 2; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 3; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 4.

<sup>1025</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 9; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 254 N 4; DONATSCH/WOHLERS, S. 178; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 3; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 4.

<sup>1026</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 178 (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a. BGE 90 IV 134, E. 1, BGE 113 IV 68, E. 2b.

<sup>1027</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 9 m.w.H.

<sup>1028</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 9 m.H.a. BGE 90 IV 134, E. 1; vgl. CORBOZ, *Infractions II*, Art. 254 N 4; DONATSCH/WOHLERS, S. 178; RIEDO, S. 918; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 30; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 3.

<sup>1029</sup> BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 9.

<sup>1030</sup> RIEDO, S. 918.

<sup>1031</sup> Vgl. zuletzt etwa BGE 139 IV 282, E. 2.4.1.

<sup>1032</sup> COHEN, S. 194 ff.; GRAF, *Praxisänderung*, N 318; GRAF, *Unternehmensbussen*, S. 358; RIKLIN, § 3 N 25, N 27, N 29; SEELMANN, S. 35 f.; WOHLERS, *Gesetzeswortlaut*, S. 79 ff., insb. S. 87; POPP/BERKEMEIER, BSK StGB I, Art. 1 N 40 ff., insb. N 42; vgl. a.M. etwa BGE 127 IV 198, E. 3b; BGE 128 IV 272, E. 2; BGE 134 IV 297, E. 4.3.1;

Kontext nach allgemeinem Sprachgebrauch «auf die Seite bringen, verstecken»<sup>1033</sup> zu verstehen. Eine Veränderung an der Substanz ist damit nicht verbunden. Was beiseitegeschafft wird, kann prinzipiell auch wieder *hergeschafft* werden. Die Umschreibung RIEDOs erscheint damit zumindest insoweit treffend, als er im Beiseiteschaffen ein räumliches Verschieben sieht.<sup>1034</sup> Die Nennung des Beiseiteschaffens, nicht aber etwa auch des Verschweigens oder Verheimlichens – letzteres wird in Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erwähnt, der als Vermindern des Vermögens zum Scheine *namentlich* das Beiseiteschaffen oder Verheimlichen von Vermögenswerten nennt – in der nicht als beispielhaft, sondern abschliessend formulierten Aufzählung verschiedener Formen der Unterdrückung, spricht ausserdem dafür, dass mit der Variante nur ein Handeln, nicht aber auch ein Unterlassen erfasst werden sollte. Auch der französische Gesetzestext weist in diese Richtung, wenn für Beiseiteschaffen «*faire disparaître*» verwendet wird. Keine Stütze findet diese Auffassung in der italienischen Fassung. Dort wird in Übereinstimmung mit der Marginalie «*Soppressioni di documento*» das Verb «*sopprimere*» verwendet. Die italienische Fassung erscheint aber in diesem Punkt wenig überzeugend, wenn in der Aufzählung der einzelnen Formen der Tathandlung als gleichwertiger Teil auch der umfassende Oberbegriff<sup>1035</sup> genannt wird. Zumal für das Beiseiteschaffen das – in Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verwendete – italienische Verb «*distrarre*» zur Verfügung gestanden hätte. Demgegenüber sieht FREY in der Verwendung von «Unterdrückung» in der Marginalie einerseits und in der italienischen Textfassung des Verbs «*sopprimere*» in der Aufzählung der verschiedenen Formen der Tathandlung andererseits gerade die Begründung, weshalb mit «Beiseiteschaffen» «(...) *jede* nicht substantielle Unterdrückung durch den Inhaber der Urkunde (...) getroffen werden soll»<sup>1036</sup>. Allein mit dieser Lösung werde dem Sinn und Geist der Bestimmung genüge getan.<sup>1037</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung sprengt diese

BGE 137 IV 99, E. 1.2; DONATSCH/TAG, S. 40 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 4 N 30.

<sup>1033</sup> Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Berlin 2015, Stichwort: «beiseiteschaffen», Ziff. 2 (Kursivdruck unterdrückt); vgl. Wahrig-Burfeind Renate (Hrsg.), Brockhaus, WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, Mit einem Lexikon der Sprachlehre, 9. Aufl., Gütersloh/München 2010, Stichwort: «beiseiteschaffen»: «(...) etwas ~ *etwas verstecken*».

<sup>1034</sup> Vgl. RIEDO, S. 918.

<sup>1035</sup> Vgl. J. FREY, S. 102.

<sup>1036</sup> J. FREY, S. 105 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1037</sup> J. FREY, S. 104 f.

Auslegung jedoch die Grenzen des Wortlauts. Beschädigen, Vernichten, Beiseiteschaffen und Entwenden erscheinen – so, wie der Gesetzgeber von den Ausdrücken Gebrauch macht – nicht als einzelne, beispielhafte «Ausstrahlungen» von Unterdrücken,<sup>1038</sup> sondern als Teile einer abschliessenden Aufzählung von Handlungen, die als Unterdrücken aufzufassen sind. Das hat sodann zur Konsequenz, dass weder das Verschweigen noch das Verweigern der Herausgabe als Tathandlung von Art. 254 StGB in Frage kommt. An dieser Stelle ist aber auf die zivilprozessualen Konsequenzen derartigen Verhaltens hinzuweisen.<sup>1039</sup>

### ***b) Subjektiver Tatbestand***

- 400 Die Umschreibung des subjektiven Tatbestands von Art. 254 StGB stimmt mit jener in Art. 251 StGB überein. Insoweit kann grundsätzlich auf die entsprechenden Ausführungen bei den Urkundenfälschungstatbeständen verwiesen werden.<sup>1040</sup> Ergänzend ist allerdings die erforderliche besondere Beweisvereitelungsabsicht zu erwähnen, dass sich nämlich der Vorteil, auf den es der Täter abgesehen hat, «(...) gerade aus dem Umstand ergeben muss, dass dem Berechtigten die Beweisführung verunmöglicht wird (...)»<sup>1041</sup>.

## **3. Zwischenfazit**

- 401 Für das Urkundenstrafrecht ist der Begriff der «Urkunde» zentral.<sup>1042</sup> Relevante Erscheinungsformen ergeben sich vorliegenden grundsätzlich nur im Zusammenhang mit den zivilprozessualen Beweismitteln Urkunde, Gutachten und schriftliche Auskunft.<sup>1043</sup>
- 402 Als Urkundenfälschung unterscheidet man die Urkundenfälschung i.e.S., die Falschbeurkundung und das Gebrauchmachen einer unechten oder unwahren

---

<sup>1038</sup> Vgl. so aber J. FREY, S. 105.

<sup>1039</sup> Siehe hinten N 472 ff.

<sup>1040</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 31. Siehe auch vorn N 362 ff., N 378, N 381.

<sup>1041</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 254 StGB N 4; vgl. BGE 73 IV 185, E. 2; BGE 87 IV 16, E. 1b; BOOG, BSK StGB II, Art. 254 N 22 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 179; STRATENWERTH/BOMMER, § 37 N 32; TRECHSEL/ERNI, PK StGB, Art. 254 N 5; vgl. auch CORBOZ, Infractions II, Art. 254 N 5 f.

<sup>1042</sup> Siehe vorn N 333 ff.

<sup>1043</sup> Siehe vorn N 357.

Urkunde.<sup>1044</sup> Unter Urkundenfälschung i.e.S. versteht man das Errichten einer unechten Urkunde, d.h. einer solchen, die über die Identität des Ausstellers täuscht.<sup>1045</sup> Unter Falschbeurkundung versteht man das Errichten einer echten, aber inhaltlich unwahren Urkunde, d.h. einer solchen, bei der der wirkliche von dem in der Urkunde enthaltenen Sachverhalt abweicht.<sup>1046</sup> Unter Gebrauchmachen einer unechten oder unwahren Urkunde versteht man das Verschaffen der Möglichkeit der Kenntnisnahme des Falsifikats.<sup>1047</sup>

Liegt eine unechte oder unwahre Urkunde im Recht, ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Partei bereits die Errichtung der betreffenden Urkunde – Urkundenfälschung i.e.S. oder Falschbeurkundung – als (Allein-)Täter vorzuwerfen ist. Dann tritt ein späteres Gebrauchmachen derselben Urkunde als mitbestrafte Nachtat zurück.<sup>1048</sup> Liegt keine (Allein-)Täterschaft der Partei bezüglich der Errichtung der im Recht liegenden Urkunde vor, ist eine Teilnahme an der Errichtung sowie späteres Gebrauchmachen der unechten oder unwahren Urkunde in Betracht zu ziehen.<sup>1049</sup>

Im subjektiven Tatbestand ist die Beurteilung der Selbsthilfe i.e.S. umstritten, wenn also die Partei davon überzeugt ist, dass der geltend gemachte Anspruch materiell-rechtlich geschützt bzw. ein bestrittener Anspruch nicht geschützt ist.<sup>1050</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann man Absicht auf unrechtmässigen Vorteil nicht ausschliessen, weil bereits in der Veränderung der Beweislage zu ihren Gunsten ein unrechtmässiger Vorteil zu erblicken sei.<sup>1051</sup> Nach einem Teil der Lehre – der hier gefolgt wird – kann die auf die Veränderung der Beweislage zu ihren Gunsten gerichtete Absicht jedoch nicht genügen; vielmehr muss die Partei – mit Hilfe der zu ihren Gunsten veränderten Beweislage – einen Vorteil anstreben, auf den sie keinen Anspruch hat.<sup>1052</sup>

Eine Unterdrückung von Urkunden i.S.v. Art. 254 StGB dürfte im Rahmen des untersuchten Verhaltens bereits objektiv kaum je vorliegen, weil es häu-

<sup>1044</sup> Siehe vorn N 359.

<sup>1045</sup> Siehe vorn N 361.

<sup>1046</sup> Siehe vorn N 370.

<sup>1047</sup> Siehe vorn N 380.

<sup>1048</sup> Siehe vorn N 379.

<sup>1049</sup> Siehe vorn N 382 ff.

<sup>1050</sup> Siehe vorn N 303 f.

<sup>1051</sup> Siehe vorn N 364.

<sup>1052</sup> Siehe vorn N 366.

fig bereits an einem tauglichen Tatobjekt fehlen wird,<sup>1053</sup> aber auch – zumindest, wenn man der hier vertretenen restriktiven Auslegung des Tatbestands folgt –, weil das für das untersuchte Verhalten typische Verschweigen und Verweigern der Herausgabe von Urkunden als Tathandlung von Art. 254 StGB nicht erfasst ist.<sup>1054</sup>

## IV. Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege

- 406 Weil im Rahmen des untersuchten Verhaltens Parteibefragungen, Beweisaussagen, Zeugnisse, Gutachten und Übersetzungen im Spiel sein können – als Beispiele können die Fallbeispiele «Schlechter Chaib»<sup>1055</sup>, in dem der Kläger im Beweisverfahren persönlich befragt wurde,<sup>1056</sup> und «Margrith-Ernst-Gustav»<sup>1057</sup>, in dem die Kindsmutter in einer formellen Parteibefragung aussagte,<sup>1058</sup> angeführt werden –, sind weiter Verbrechen und Vergehen gegen die

---

<sup>1053</sup> Siehe vorn N 393.

<sup>1054</sup> Siehe vorn N 399.

<sup>1055</sup> Siehe vorn N 22.

<sup>1056</sup> Vgl. aaZPO/ZH, Titel vor §§ 157 ff.: «D. Beweisverfahren. 1. Allgemeine Vorschriften»; Titel vor §§ 172 ff.: «2. Persönliche Befragung»; § 172: «Zur Feststellung einzelner erheblicher tatsächlicher Verhältnisse kann jede Partei die persönliche Befragung der Gegenpartei verlangen. Der Richter ist befugt, von Amtes wegen die persönliche Befragung der Parteien anzuordnen»; § 181: «Verweigert eine Partei bei der persönlichen Befragung die Antwort, so hat der Richter die Tatsachen, auf welche die Einvernahme sich bezieht, als bewiesen zu betrachten»; § 182: «Eine Partei, welche in der persönlichen Befragung Tatsachen trölerhaft ableugnet, ist mit Ordnungsbusse zu belegen»; § 183: «Die Parteien sind vor der Befragung auf die Bestimmungen der §§ 181 und 182 aufmerksam zu machen.»

An dieser Stelle sei freilich darauf hingewiesen, dass sich diese persönliche Befragung von der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO und der Beweisaussage nach Art. 192 ZPO (siehe dazu hinten N 412 ff.) unterscheidet, vgl. Minderheit KassGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 56: «Die auf persönliche Befragung (Z.-P.-O. §§ 172–183) erfolgte Parteiaussage hat denn auch nur Beweiskraft gegen die Partei, und zwar nicht wegen der erhöhten Wahrheitspflicht, welche der Partei vorgehalten wird, sondern nur wie jedes andere Geständnis; nie und nimmer bildet sie Beweis zugunsten der aussagenden Partei.»

<sup>1057</sup> Siehe vorn N 24.

<sup>1058</sup> Vgl. Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau vom 12. März 1900 (zitiert nach KELLER/PFISTERER), Titel vor §§ 143 ff.: «Fünfter Abschnitt. Beweisverfahren. I. Titel. Allgemeine Bestimmungen»; Titel vor § 223 ff.: «VII. Titel. Gerichtliche Befragung der

Rechtspflege in Betracht zu ziehen,<sup>1059</sup> und zwar jene Tatbestände, die (auch) die Wahrheitsfindung im Zivilprozess vor bestimmten Gefährdungen schützen sollen:<sup>1060</sup> die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB zum einen<sup>1061</sup> und das falsche Zeugnis, das falsche Gutachten und die falsche Übersetzung nach Art. 307 StGB zum anderen.

Es ist vorwegzunehmen, dass es sich bei den in Frage stehenden Tatbeständen um Sonderdelikte handelt.<sup>1062</sup> Die Partei kann sich als Täter nur nach Art. 306 StGB strafbar machen.<sup>1063</sup> Dennoch ist für die Strafbarkeit der Partei auch Art. 307 StGB relevant, weil denkbar ist, dass die Partei an diesem Sonderdelikt als Anstifter (Art. 24 StGB) oder Gehilfe (Art. 25 StGB) teilnimmt.<sup>1064</sup> 407

## 1. Falsche Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB)

Nach Art. 306 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer in einem Zivilrechtsverfahren als Partei nach erfolgter richterlicher Ermahnung zur Wahrheit und nach Hinweis auf die Straffolgen eine falsche Beweisaussage zur Sache macht. 408

---

Parteien»; § 223: «Wenn das Gericht nach der Prüfung der Akten, nach den gepflogenen mündlichen Verhandlungen und nach der Durchführung des Beweisverfahrens noch Zweifel über erhebliche tatsächliche Punkte des Streitverhältnisses hegt, so steht ihm die Befugnis zu, hierüber bestimmte, artikelweise gefaßte Fragen, die durch Gerichtsbeschluß festzusetzen und ins Protokoll auszunehmen sind, durch den Präsidenten an die Parteien zu richten»; § 228 Abs. 1: «Der Gefragte ist verpflichtet, wahrheitsgetreue Antworten zu Protokoll zu geben»; § 228 Abs. 2: «Wer wissentlich unwahre Antworten gibt, wird zuchtpolizeilich bestraft»; § 228 Abs. 3: «Wird die Antwort grundlos verweigert, so kann der Richter das Stillschweigen in dem für die Gegenpartei günstigen Sinne auslegen.»

<sup>1059</sup> Vgl. PIECH, S. 197 f.

<sup>1060</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 55 N 1, § 56 N 1, § 57 N 1; vgl. auch DONATSCH/WOHLERS, S. 501, S. 505 f.

<sup>1061</sup> Vgl. G. NAEGELI, S. 296.

<sup>1062</sup> Siehe hinten N 410, N 437, N 445, N 447.

<sup>1063</sup> Siehe hinten N 410.

<sup>1064</sup> Siehe hinten N 437, N 445, N 447.

## A. Objektiver Tatbestand

- 409 Der objektive Tatbestand bestimmt einmal, dass die Tat nur von einer Partei in einem Zivilrechtsverfahren begangen werden kann.<sup>1065</sup> Die Tathandlung besteht in einer falschen Beweisaussage zur Sache.

### a) Partei in einem Zivilrechtsverfahren

- 410 Als Partei in einem Zivilrechtsverfahren treten nicht nur «Hauptparteien» in Erscheinung, sondern auch intervenierende «Nebenparteien» (vgl. Art. 74 ff. ZPO).<sup>1066</sup> Im Beweisverfahren *wie* eine Partei behandelt werden die Organe einer juristischen Person, die Partei ist (Art. 159 ZPO); sie erfüllen damit die vorausgesetzte Tütereigenschaft, obwohl sie streng genommen nicht Partei sind.<sup>1067</sup> Nicht Partei ist der Rechtsanwalt, der eine Partei vertritt (vgl. Art. 68 ZPO); er kann mithin nur Anstifter oder Gehilfe sein.<sup>1068</sup> Um ein Zivilrechtsverfahren handelt es sich jedenfalls beim hier in Frage stehenden Zivilprozess.<sup>1069</sup>

### b) Falsche Beweisaussage zur Sache

- 411 Die Tathandlung besteht sodann, wie bereits erwähnt,<sup>1070</sup> in einer falschen Beweisaussage zur Sache.

#### aa) Beweisaussage

- 412 Von einer Beweisaussage ist dann zu sprechen, wenn die Aussage Beweismittel ist, sie, «(...) gewissermassen als <Zeugnis> in eigener Sache, sich grundsätzlich eignet – wenn auch unter Vorbehalt der freien Beweiswürdigung durch den Richter –, Beweis *zugunsten* der aussagenden Partei zu bil-

---

<sup>1065</sup> CORBOZ, *Infractions II*, Art. 306 N 2.

<sup>1066</sup> Vgl. auch DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 10; DONATSCH/WOHLERS, S. 508 (zum falschen Zeugnis); WINTER, S. 30 ff., S. 36 f. Zum Begriff der Nebenpartei vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.54 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 4. Kap. N 79 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 51 ff.

<sup>1067</sup> Vgl. CASSANI, *Commentaire*, Art. 306 CP N 7; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 306 N 3; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 7; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 7; vgl. auch WINTER, S. 33.

<sup>1068</sup> CASSANI, *Commentaire*, Art. 306 CP N 6; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 8.

<sup>1069</sup> Vgl. DONATSCH/WOHLERS, S. 501; vgl. auch WINTER, S. 20 ff.

<sup>1070</sup> Siehe vorn N 409.



den»<sup>1071</sup>. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht als Beweismittel zwei Formen von Parteiaussagen vor: die Parteibefragung und die Beweisaussage (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO).<sup>1072</sup>

Zur Parteibefragung (Art. 188 E-ZPO bzw. Art. 191 ZPO) wird in der Botschaft ausgeführt, dass sie «(...) die einfachere und mildere Form [ist]. Zwar unterliegen die Parteien auch hier der Wahrheitspflicht, doch werden wahrheitswidrige Aussagen nur disziplinarisch geahndet, und auch dies nur, wenn der Partei mutwilliges Leugnen zur Last gelegt werden kann. (...). Sogar Aussagen zu eigenen Gunsten sind zu berücksichtigen, doch liegt auf der Hand, dass ihr Beweiswert auf Grund der Selbstbefangenheit der Partei meist gering und daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist.»<sup>1073</sup>

Die Beweisaussage (Art. 189 E-ZPO bzw. Art. 192 ZPO) wird an gleicher Stelle als qualifizierte Form der Parteieinvernahme bezeichnet.<sup>1074</sup> «Sinnvollerweise wird sie in der Praxis (...) erst genutzt, um letzte Zweifel des Gerichts zu beseitigen. Durch die Beweisaussage wird die betreffende Partei nämlich unter zusätzlichen Druck gesetzt, denn Leugnen wird als Verbrechen verfolgt (Art. 306 StGB) – gleich wie ein falsches Zeugnis (Art. 307 StGB).»<sup>1075</sup>

Es gilt festzuhalten – zumal sich die strafrechtliche Lehre dazu nicht oder zumindest nicht klar äussert<sup>1076</sup> –, dass beide Formen, sowohl die Partei-

<sup>1071</sup> BGE 76 IV 278, E. 2; vgl. BGE 72 IV 32, E. 1; BGE 95 IV 75, E. 1; BGer, Urteil v. 24.10.2003, 6S.245/2003, E. 3.1; TPF 2011 97, E. 3.3.1a; vgl. auch CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 9; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 11; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 22; DONATSCH/WOHLERS, S. 502; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 9; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 2.

<sup>1072</sup> Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.130; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 273; VOUILLOZ, S. 847.

<sup>1073</sup> Botschaft ZPO, S. 7326.

<sup>1074</sup> Vgl. Botschaft ZPO, S. 7326.

<sup>1075</sup> Botschaft ZPO, S. 7326.

<sup>1076</sup> Als Beweisaussage der Partei erwähnen TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 3, «z.B.» Art. 192 ZPO. DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 22, führen nur Art. 191 Abs. 1 ZPO an. STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 9, verweisen lediglich auf Art. 192 (Abs. 1) ZPO; ebenso DONATSCH/WOHLERS, S. 502; PIETH, S. 292 Fn. 1868; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 2. CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 11, nennt in diesem Zusammenhang zwar sowohl Art. 191 ZPO als auch Art. 192 ZPO, scheint die Parteibefragung aber wohl eher nicht als Beweisaussage i.S.v. Art. 306 StGB anzusehen (Hervorhebung hinzugefügt): «Selon le nouveau Code suisse

befragung als auch die Beweisaussage, als Beweisaussagen i.S.v. Art. 306 StGB anzusehen sind, weil nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung prinzipiell beide vollwertige und gleichrangige Beweismittel darstellen.<sup>1077</sup>

*bb) «Zur Sache»*

- 416 Vom objektiven Tatbestand werden weiter nur Aussagen «zur Sache» erfasst. Das Erfordernis findet sich auch in Art. 307 Abs. 1 StGB. CORBOZ weist wie das Bundesgericht darauf hin, dass die in Art. 306 StGB und Art. 307 StGB verwendeten identischen Ausdrücke gleich auszulegen sind.<sup>1078</sup> Zur Sache ist eine Aussage zunächst einmal nur dann, wenn sie *Tatsachen* zum Gegenstand hat, wobei das Bundesgericht «(...) auch sinnlich nicht wahrnehmbare, psychische Vorgänge bei anderen (Gefühle, Absichten usw.), auf die ein Zeuge nur aus äusseren Anhaltspunkten zurückschliessen kann, als Tatsachen in diesem Sinne bezeichnet».<sup>1079</sup>
- 417 Im Unterschied zu Art. 306 StGB sieht Art. 307 StGB in Abs. 3 ein geringeres Strafmass vor, wenn sich die falsche Äusserung auf Tatsachen bezieht, die für die richterliche Entscheidung «unerheblich» sind. Das Bundesgericht wirft nun die Frage auf, «(...) ob aus der Beschränkung von Abs. 3 auf unerhebliche Äusserungen gefolgert werden dürfe, die Erheblichkeit der Aussage

---

de procédure civile, le juge peut interroger les parties (art. 191 CPC), mais il peut aussi les contraindre à faire une déposition (art. 192 CPC), *auquel cas* [und nicht: *auxquels cas*] l'art. 306 CP est applicable en cas de fausse déclaration.» DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 18, zitieren Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO, mithin «l'interrogatoire *et* la déposition» (Hervorhebung hinzugefügt), ohne allerdings auf die Frage näher einzugehen.

<sup>1077</sup> Vgl. eingehend BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 14 ff.; HAFNER, BSK ZPO, Art. 191 N 4 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 274; a.M. SCHWEIZER, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 192 CPC N 3 f., N 11; vgl. auch BGE 95 IV 75, E. 1: «Entscheidend ist allein, dass die Aussage ein Beweismittel darstellt»; TPF 2011 97, E. 3.3.1b f.

<sup>1078</sup> BGer, Urteil v. 24.10.2003, 6S.245/2003, E. 3.2; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 9. Im italienischen Wortlaut unterscheiden sich die Formulierungen des entsprechenden Erfordernisses: In Art. 306 Abs. 1 StGB heisst es «sui fatti della contestazione», in Art. 307 Abs. 1 StGB «sui fatti della causa».

<sup>1079</sup> Zum Ganzen STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 31 m.H.a. BGE 93 IV 58; vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 41; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 24; DONATSCH/WOHLERS, S. 511; HAUSER, Falsches Zeugnis, S. 373; die Rechtsprechung abl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 28; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 13.

gehöre zum Tatbestand von Abs. 1 und der Vorsatz des Täters müsse sich daher auch auf dieses Merkmal beziehen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Folgerung spricht schon der Wortlaut von Abs. 1. Die Tatbestandsmerkmale sind in dieser Bestimmung abschliessend aufgezählt. Darnach muss die Aussage sich auf die Sache beziehen, die Gegenstand des Verfahrens ist; sie braucht aber für die richterliche Entscheidung nicht erheblich zu sein.»<sup>1080</sup> Nichts anderes kann für Abs. 1 von Art. 306 StGB gelten. In diesem Sinn äussern sich denn auch STRATENWERTH/BOMMER, die aufgrund des Erfordernisses einer Aussage «zur Sache» allein Äusserungen ausgeschlossen sehen wollen, «(...) die sich nicht auf den Prozessgegenstand beziehen und auch das richterliche Urteil über die Verlässlichkeit der Aussage nicht beeinflussen können. Denn nur bezüglich der Entscheidung besteht die Gefahr einer Irreführung der Rechtspflege. Dagegen braucht die Aussage *nicht erheblich* zu sein, sich also nicht auf einen Punkt zu beziehen, von dem die Entscheidung abhängt.»<sup>1081</sup>

#### cc) *Falschheit*

Schliesslich muss die Aussage *falsch* sein. Wie schon beim Erfordernis «zur Sache»,<sup>1082</sup> sind auch bezüglich der Falschheit einer Aussage die zum Tatbestand des falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB entwickelten Grundsätze zu berücksichtigen.<sup>1083</sup> Falsch ist eine Aussage, wenn sie dem objektiven Sachverhalt nicht entspricht.<sup>1084</sup> Der Inhalt einer Aussage ist erst bei Ab-

<sup>1080</sup> BGE 93 IV 24, E. 1b; vgl. BGer, Urteil v. 2.12.2008, 6B\_700/2008, E. 3.1: «Zur Sache gehört eine Aussage, wenn sie mit der Abklärung oder Feststellung des Sachverhalts, der Gegenstand des Verfahrens bildet, zusammenhängt (...)»

<sup>1081</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 12; vgl. CORBOZ, *Infractions II*, Art. 306 N 9; DONATSCH/WOHLERS, S. 503; vgl. auch – zum falschen Zeugnis – CORBOZ, *Infractions II*, Art. 307 N 42 ff.; DONATSCH/WOHLERS, S. 511 f.; HAUSER, *Falsches Zeugnis*, S. 370 ff.; PFÄFFLI, S. 49 ff.; SCHULTZ, *Aussagedelikte*, S. 251 f. u.a. m.H.a. OGer ZH, ZR 1956, S. 66 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 32, N 42; a.M. CASSANI, *Commentaire*, Art. 306 CP N 17, Art. 307 CP N 49; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 24, Art. 307 N 20; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 3 m.H.a. KrimGer AG, AGVE 1953, S. 131 ff.; WINTER, S. 75: «Dass es sich dabei stets um erhebliche Tatsachen handeln muss, bedarf keiner besonderen Betonung, können doch ohnehin nur rechtlich erhebliche Tatsachen Inhalt einer Beweisaussage sein.»

<sup>1082</sup> Siehe vorn N 416.

<sup>1083</sup> Vgl. BGE 95 IV 75, E. 2.

<sup>1084</sup> CASSANI, *Commentaire*, Art. 307 CP N 25; CORBOZ, *Infractions II*, Art. 307 N 32; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 27, Art. 307 N 22; DONATSCH/WOHLERS, S. 503, S. 512; PFÄFFLI, S. 58; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 13, N 33; STRATEN-

schluss der Aussage – welcher Zeitpunkt das einschlägige Prozessrecht bestimmt – zu erfassen, d.h. die Partei kann bis zu diesem Zeitpunkt «(...) unrichtige Angaben korrigieren, mit der Folge, dass es an einer falschen Aussage fehlt»<sup>1085</sup>. Nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist eine Aussage grundsätzlich mit der Unterzeichnung des Protokolls durch die aus sagende Person abgeschlossen (Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 ZPO).<sup>1086</sup> Wird ausnahmsweise auf das (Vor-)Lesen und Unterzeichnen des Protokolls ver zichtet, dürfte eine Aussage im Moment abgeschlossen sein, in dem das Ge richt bzw. das einvernehmende Gerichtsmitglied diese als abgeschlossen erklärt, nachdem es der aussagenden Person den Abschluss der Aussage an gekündigt und Gelegenheit gegeben hat, sich abschliessend zu äussern.<sup>1087</sup> Massgebend für die Beurteilung des Inhalts der Aussage ist deren Erklä rungswert, d.h. wie das Verhalten bis zum Abschluss der Aussage nach den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.<sup>1088</sup> Wie bei Er klärungen im Behauptungsstadium des Prozesses muss auch hier gelten, dass nur als erklärt angesehen werden kann, was sich unmittelbar auf den Wort-

---

WERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 4; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 252; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 14; WINTER, S. 80.

<sup>1085</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 503; vgl. BGE 69 IV 211, E. 1; BGE 80 IV 122; BGE 85 IV 30, E. 1 f.; BGE 94 IV 1, E. b; BGE 95 IV 75, E. 2; BGE 107 IV 130, E. 3b; CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 15, Art. 307 CP N 30; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 74 f.; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 27, Art. 307 N 22; DONATSCH/WOHLERS, S. 513; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 372 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 34; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 4, Art. 307 N 8; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 14; vgl. auch H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 176 N 12; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 176 N 8; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 176 N 4; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 176 N 11; WINTER, S. 65.

<sup>1086</sup> Vgl. P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 176 N 12; vgl. auch DONATSCH/WOHLERS, S. 513.

<sup>1087</sup> Vgl. auch – zum falschen Zeugnis – SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 255, nach welchem in Fällen, in denen der Zeuge nicht verpflichtet ist, das Protokoll seiner Aussage zu unter zeichnen, stets zu prüfen ist, «(...) ob nicht erst die Unterzeichnung des Protokolls durch die dazu bestimmten Mitglieder des Gerichtes die Aussage vollgültig werden las se, indem das Protokoll doch zum mindesten verurkunden muss, dass der betreffende Zeuge abgehört wurde», m.H.a. KGer VD, RStrS 1948, S. 55: «Nach waadtländischem Zivilprozess ist die Zeugenaussage als beendet zu betrachten, wenn der Präsident den Zeugen entlassen hat und ihm ein anderer Zeuge gefolgt ist. Wenn dagegen die Einver nahme unterbrochen und der Zeuge eingeladen worden ist, zur Verfügung des Gerichts zu bleiben, so ist seine Aussage nicht beendet, und er hat die Möglichkeit, sie in der er neuen Einvernahme zu berichtigen, da das falsche Zeugnis noch nicht vollendet ist»; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 16 m.H.a. BGE 69 IV 211, E. 1.

<sup>1088</sup> Siehe vorn N 51.

laut der Aussage abstützen lässt – nicht mehr, nicht weniger und auch nichts anderes.<sup>1089</sup>

In diesem Zusammenhang gilt es die «unvollständige Aussage» zu thematisieren, die nach DELNON/RÜDY falsch ist, «(...) insb. wenn Weglassungen in erkennbarer Weise – was Parteien i.d.R. selber am besten wissen – einen verzerrten Sachverhalt oder eine unzutreffende Würdigung herbeiführen können»<sup>1090</sup>. In gleicher Weise äussert sich CASSANI: «Une déclaration est fausse si elle est objectivement incomplète ou contraire à la vérité (...)»<sup>1091</sup>. Angesichts dessen, dass die Parteiaussage, sei es in der Form der Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO, sei es in der Form der Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO, ein eigentliches «Parteiverhör» durch das Gericht darstellt,<sup>1092</sup> erscheint es zunächst einmal schwer vorstellbar, dass Erklärungen über Tatsachen, die Gegenstand der Einvernahme sind, fehlen.<sup>1093</sup> Es mag zwar üblich sein, den Einvernommenen zunächst über den Gegenstand der Einvernahme als Ganzes relativ frei sprechen zu lassen.<sup>1094</sup> Letztlich zielt eine Einvernahme aber – jedenfalls im Zivilprozess – auf die Beantwortung klar eingegrenzter, ganz spezifischer Fragen des Gerichts über bestimmte, streiti-

<sup>1089</sup> Siehe vorn N 68. Vgl. a.M. – zum falschen Zeugnis – PFÄFFLI, S. 58.

<sup>1090</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 28; vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 33; DONATSCH/WOHLERS, S. 503, S. 512; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 4; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 14.

<sup>1091</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 14 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. CASSANI, Art. 307 CP N 25; ebenso DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 14 (Fettdruck unterdrückt, Hervorhebung hinzugefügt): «Elle [la fausse déclaration] n'est objectivement pas conforme à la vérité ou elle est incomplète (...)»; HAUSER, Falsches Zeugnis, S. 373 (Hervorhebung hinzugefügt): «Eine Aussage ist falsch, wenn sie nicht mit der Wahrheit übereinstimmt oder unvollständig ist.»

<sup>1092</sup> Vgl. GASSER/RICKLI, Art. 191 ZPO N 1; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 2; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 3.

<sup>1093</sup> Es sei denn, die einvernommene Person verweigert entsprechende Angaben zu machen. Dann liegt überhaupt keine Aussage, also auch keine Falschaussage vor, vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 14, Art. 307 CP N 24; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 34; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 252; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 14.

<sup>1094</sup> Vgl. BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 69; vgl. auch – zum (falschen) Zeugnis – P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 172 N 6; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 172 N 18 f., Art. 191 N 28; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 172 N 4; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 253.

ge Tatsachen ab;<sup>1095</sup> wobei es den Parteien gestattet ist, Ergänzungsfragen zu stellen bzw. zu beantragen (vgl. Art. 173 ZPO).<sup>1096</sup> SCHULTZ schreibt in diesem Zusammenhang, dass «(...) nicht selten der Einvernehmende selber daran schuld [ist], wenn er unvollständige und damit falsche Antworten erhält»<sup>1097</sup>. Dem ist insoweit zuzustimmen, als dem Einvernommenen kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er keine Erklärung über eine bestimmte Tatsache abgibt, nach welcher er nicht konkret gefragt worden ist. Anders zu entscheiden wäre nur dann, wenn den Einvernommenen nicht nur eine Wahrheitspflicht, sondern auch eine Vollständigkeitspflicht träfe. Dafür fehlt es jedoch an einer Grundlage.

## B. Subjektiver Tatbestand

- 420 Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 StGB ist nur die vorsätzliche falsche Beweisaussage strafbar – Eventualvorsatz eingeschlossen (Art. 12 Abs. 2 StGB).<sup>1098</sup> Der Vorsatz muss sich insbesondere auf die Gültigkeit der Parteiaussage bzw. deren Verwertbarkeit als Beweismittel erstrecken, nicht aber auf die *einzelnen Gültigkeitsvoraussetzungen*.<sup>1099</sup> Letztere sind vielmehr als objek-

---

<sup>1095</sup> Vgl. BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 70; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 13; vgl. auch – für die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO – HAFNER, BSK ZPO, Art. 192 N 6.

<sup>1096</sup> BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 75 ff.; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 23, Art. 192 N 2; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 9b; vgl. aber auch HAFNER, BSK ZPO, Art. 191 N 19, Art. 192 N 6: kein Anspruch auf Ergänzungsfragen bei der Beweisaussage nach Art. 192 ZPO.

<sup>1097</sup> SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 253 (zum falschen Zeugnis); vgl. – ebenfalls zum falschen Zeugnis – PFÄFFLI, S. 59: «Eine Bestrafung kommt nicht schon in Betracht, wenn der Zeuge bloss aus Gleichgültigkeit schwieg, oder weil er Hemmungen hatte, mehr auszusagen als wonach er gefragt war.»

<sup>1098</sup> CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 15; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 32; DONATSCH/WOHLERS, S. 503; DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 22; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 14; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 5; WINTER, S. 99 f.; vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 19; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 5.

<sup>1099</sup> WINTER, S. 97 f., S. 101 f.; vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 15; vgl. auch – zum falschen Zeugnis – CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 42; PFÄFFLI, S. 48 f.; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 365; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 37; a.M. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 5; unklar TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 5, Art. 307 N 12, N 15.

tive Strafbarkeitsbedingungen anzusehen,<sup>1100</sup> auf die sogleich näher einzugehen ist.

### C. Objektive Strafbarkeitsbedingungen

Die Strafbarkeit kann vom Eintritt äusserer Umstände abhängig sein, die ausserhalb des objektiven Tatbestands liegen.<sup>1101</sup> Der Eintritt dieser sog. *objektiven Strafbarkeitsbedingungen* ist genauso Voraussetzung der Strafbarkeit wie die Erfüllung des objektiven Tatbestands, braucht aber vom Vorsatz nicht umfasst zu sein.<sup>1102</sup> «Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen sind (...) gewissermassen Korrekturen, um die Strafbarkeit *einzuschränken*; sie setzen eine Grenze, unterhalb welcher ein tatbestandsmässiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten nicht so schwer wiegt, dass eine Bestrafung angemessen wäre. Es fehlt dann an der Strafwürdigkeit.»<sup>1103</sup>

Als objektive Bedingungen der Strafbarkeit nach Art. 306 Abs. 1 StGB werden sowohl die Wahrung der zivilprozessualen Grenzen und Formen der Beweisaussage<sup>1104</sup> als auch die im Wortlaut erwähnte richterliche Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen<sup>1105</sup> angesehen.

<sup>1100</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 503 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 3; vgl. auch – zum falschen Zeugnis – DUPUIS et al., PC CP, Art. 307 N 24; die Frage offenlassend, ob die Beobachtung der (in casu kantonalen) Prozessvorschriften als objektive Strafbarkeitsbedingung zu verstehen ist, BGE 85 IV 30, E. 1.

<sup>1101</sup> DONATSCH/TAG, S. 110; vgl. BGer, Urteil v. 10.11.2014, 6B\_101/2014, E. 2.2 (= FP 2015, S. 70 f., S. 131 f.).

<sup>1102</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, S. 110 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 8 N 27 ff.; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 76 f.; vgl. auch BGer, Urteil v. 10.11.2014, 6B\_101/2014, E. 2.2 (= FP 2015, S. 70 f., S. 131 f.).

<sup>1103</sup> TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 77; vgl. BGer, Urteil v. 10.11.2014, 6B\_101/2014, E. 2.2 (= FP 2015, S. 70 f., S. 131 f.); DONATSCH/TAG, S. 110 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 8 N 27.

<sup>1104</sup> Siehe vorn N 420.

<sup>1105</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 18; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 14; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 14; DONATSCH/WOHLERS, S. 503 f.; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 801; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 723 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 3; wohl auch DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 21; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 15; a.M. PFÄFFLI, S. 42 f. (zum falschen Zeugnis); WINTER, S. 86 f.; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 5, Art. 307 N 9, N 12.

**a) Wahrung der zivilprozessualen Grenzen und Formen**

- 423 Das Vorliegen einer Beweisaussage setzt voraus, dass deren *zivilprozessualen Grenzen und Formen* gewahrt werden.<sup>1106</sup> Betreffend die Parteibefragung sieht Art. 191 Abs. 2 ZPO vor, dass die Parteien vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen werden, dass sie mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Fr. und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Fr. bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen. Betreffend die Beweisaussage ist in Art. 192 Abs. 2 ZPO vorgesehen, dass die Parteien vor der Beweisaussage zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer Falschaussage hingewiesen (Art. 306 StGB) werden. Zu diesen spezifischen Ermahnungen und Hinweisen treten weitere zivilprozessuale Formvorschriften hinzu. Die Parteien sind vor der Aussage auch über die Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht und die Säumnisfolgen aufzuklären (Art. 161 Abs. 1 ZPO). Die Aussage ist sodann zu protokollieren (Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO).
- 424 Die verschiedenen zivilprozessualen Formvorschriften werfen die Frage auf, ob es sich dabei jeweils um Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschriften handelt: Denn während die Einhaltung von Gültigkeitsvorschriften darüber bestimmt, ob überhaupt eine Beweisaussage i.S.v. Art. 306 StGB vorliegt, steht dem eine allfällige Verletzung von Ordnungsvorschriften nicht entgegen.<sup>1107</sup> In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, dass die spezifischen Ermahnungen und Hinweise,<sup>1108</sup> die Aufklärung über das Verweigerungsrecht (vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO)<sup>1109</sup> wie auch die Protokollierung in einer der vor-

---

<sup>1106</sup> BGE 72 IV 32, E. 1; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 10; vgl. BGE 95 IV 75, E. 1.

<sup>1107</sup> Vgl. – teilweise zum falschen Zeugnis – CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 17 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 502, S. 504, S. 510; vgl. auch BGE 69 IV 211, E. 2b; BGE 71 IV 43; BGE 94 IV 1.

<sup>1108</sup> H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 191–193 N 4, N 11; vgl. – für die Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO – HAFNER, BSK ZPO, Art. 192 N 7; vgl. auch DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 29; DONATSCH/WOHLERS, S. 510 (zum falschen Zeugnis); a.M. BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 54; vgl. aber noch anders – zu Art. 186 Abs. 2 VE-ZPO («Beweisaussage») – BÜHLER, Beweisaussage, S. 462.

<sup>1109</sup> BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 45, der darüber hinaus auch die Aufklärung über die Mitwirkungspflicht und die Säumnisfolgen als Gültigkeitserfordernis betrachtet (a.a.O., N 44); HAFNER, BSK ZPO, Art. 191 N 17, Art. 192 N 9; HIGI, DK ZPO, Art. 161 N 24; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 161 N 2; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 9b; vgl. DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 30; DONATSCH/WOHLERS, S. 510 (zum falschen Zeugnis).



gesehenen Formen Gültigkeitsvoraussetzungen sind.<sup>1110</sup> Hinsichtlich der Protokollierung besteht die Möglichkeit, darauf zu verzichten, – wie im Regelfall (Art. 176 Abs. 1 ZPO) – das Protokoll dem Aussagenden vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von diesem unterzeichnen zu lassen, sofern die Aussagen zusätzlich auf Tonband, auf Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden (Art. 176 Abs. 3 ZPO).<sup>1111</sup> Der Verzicht ist protokollarisch festzuhalten.<sup>1112</sup> Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht – aber auch nur dann –, muss das Protokoll weder (vor-)gelesen noch dessen Richtigkeit vom Aussagenden mit Unterschrift bestätigt werden, um gültig zu sein.<sup>1113</sup> Im Fall, dass die aussagende Partei die Unterschrift verweigert, müssen ersatzweise die Weigerung und die allenfalls dafür angegebenen Gründe im Protokoll vermerkt werden (analog Art. 78 Abs. 5 Satz 2 StPO).<sup>1114</sup> Unter diesen Umständen ist das Protokoll trotz fehlender Unterschrift gültig<sup>1115</sup> – was nicht ausschliesst, dass die fehlende Unterschrift den Beweiswert des Protokolls schmälert.<sup>1116</sup> Das Protokoll ist aber nicht nur von der Aussagenden, sondern auch von der protokoll-

Vgl. aber auch die in Art. 161 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Ausnahmen, wonach das Gericht bei unterlassener Aufklärung über das Verweigerungsrecht die erhobenen Beweise dennoch berücksichtigen darf, wenn die betroffene Person (nachträglich) zustimmt oder die Verweigerung unberechtigt gewesen wäre.

<sup>1110</sup> Siehe auch hinten N 441.

<sup>1111</sup> In Kraft seit 1. Mai 2013 (AS 2013, S. 851 ff., S. 853).

<sup>1112</sup> P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 176 N 12.

<sup>1113</sup> Vgl. P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 176 N 10, N 12: Unterschrift als Gültigkeitsvoraussetzung, wenn nicht Abs. 3 zur Anwendung gelangt; vgl. auch – noch zur früheren Rechtslage – H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 176 N 12; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 176 N 11; vgl. ferner DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 31; DONATSCH/WOHLERS, S. 510 (zum fälschen Zeugnis); a.M. GASSER/RICKLI, Art. 176 ZPO N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 176 N 12; wohl auch BÜHLER, BK ZPO II, Art. 193 N 5.

<sup>1114</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 176 N 12; vgl. auch S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 176 N 12; zum früheren kantonalen Recht HAUSER, Protokollierung, S. 178; zu Einvernahmeprotokollen im Strafverfahren CAPUS, S. 188; CAPUS/STOLL, S. 207; a.M. wohl CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 20.

<sup>1115</sup> Vgl. – zum früheren kantonalen Recht – HAUSER, Protokollierung, S. 178; zu Einvernahmeprotokollen im Strafverfahren CAPUS, S. 188; CAPUS/STOLL, S. 207; vgl. auch DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 27; a.M. wohl CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 20; P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 176 N 10 (Hervorhebung unterdrückt): «Verweigerung der Unterzeichnung indiziert mangelnde Protokollierung (durch Verfälschung der Aussage).»

<sup>1116</sup> Vgl. GASSER/RICKLI, Art. 176 ZPO N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 176 N 12; vgl. auch – zu Einvernahmeprotokollen im Strafverfahren – CAPUS/STOLL, S. 207 f.

führenden Person zu unterzeichnen (vgl. Art. 235 Abs. 1 lit. f ZPO).<sup>1117</sup> Die Unterschrift der protokollführenden Person ist unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung.<sup>1118</sup>

**b) *Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen***

- 425 In Art. 306 Abs. 1 StGB werden die richterliche Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen – entsprechend der Strafdrohung von Art. 306 StGB<sup>1119</sup> – erwähnt.<sup>1120</sup> Diese objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gelten als erfüllt, wenn der Täter Ermahnung und Hinweis zur Kenntnis nimmt und versteht.<sup>1121</sup>
- 426 Betrachtet man nur die falsche Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO, erscheint es überflüssig, die richterliche Ermahnung zur Wahrheit und den Hinweis auf die Straffolgen in Art. 306 Abs. 1 StGB eigens zu erwähnen; Ermahnung und Hinweis sind bereits Gültigkeitsvoraussetzungen der Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO und als solche objektive Strafbarkeitsbedingungen.<sup>1122</sup> Schliesst man in die Betrachtung jedoch auch die Parteibefragung nach Art. 191 ZPO als Beweisaussage i.S.v. Art. 306 Abs. 1 StGB mit ein,<sup>1123</sup> erschliesst sich die Wirkung der Erwähnung der richterlichen Ermahnung zur Wahrheit und des Hinweises auf die Straffolgen in Art. 306 Abs. 1 StGB: Bei

---

<sup>1117</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 176 N 9, N 13, Art. 193 N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 176 N 13; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 176 N 4; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 176 N 12; vgl. P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 176 N 3 f.; vgl. auch – zu Einvernahme-protokollen im Strafverfahren – CAPUS/STOLL, S. 207.

<sup>1118</sup> WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 235 N 25; vgl. G. NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 235 N 5; PAHUD, DK ZPO, Art. 235 N 10, N 12; vgl. auch – zur früheren kantonalen Praxis – HAUSER, Protokollierung, S. 173 f.; zu Einvernahmeprotokollen im Strafverfahren CAPUS/STOLL, S. 207; a.M. TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 11; wohl auch CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 20.

<sup>1119</sup> Blosser Hinweis auf Art. 306 StGB genügt nicht, vgl. – zum falschen Zeugnis – TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 9; vgl. auch P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 171 N 2; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 171 N 13; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 171 N 2.

<sup>1120</sup> Siehe vorn N 422.

<sup>1121</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 18; DONATSCH/WOHLERS, S. 504; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 801 f.; LOGOZ, Partie spéciale II, S. 724; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 15.

<sup>1122</sup> Siehe vorn N 420.

<sup>1123</sup> Siehe vorn N 415.

einer Parteibefragung wird es am Hinweis auf die Straffolgen von Art. 306 StGB fehlen, denn an dessen Stelle soll nur (aber immerhin) darauf hingewiesen werden, dass die befragte Partei mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Fr. und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Fr. bestraft werden kann, wenn sie mutwillig leugnet (Art. 191 Abs. 2 ZPO). So die zivilprozessualen Grenzen und Formen gewahrt sind, mag die Parteiaussage – als Beweisaussage i.S.v. Art. 306 StGB – zwar gültig sein. Die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 306 Abs. 1 StGB jedoch ist nicht erfüllt, so dass die anlässlich einer Parteibefragung i.S.v. Art. 191 Abs. 1 ZPO falsch aussagende Partei sich nicht nach Art. 306 StGB strafbar macht.

#### D. Vollendung und strafbarer Versuch

Die falsche Beweisaussage der Partei ist «(...) vollendet, wenn die Einvernahme nach Massgabe des (...) Prozessrechts abgeschlossen ist»<sup>1124</sup>. Damit könnte zweierlei gemeint sein: Vollendung bereits mit *Abschluss der Aussage*, also im Moment, in dem die aussagende Person das Protokoll unterzeichnet bzw. das Gericht die Aussage als abgeschlossen erklärt,<sup>1125</sup> oder Vollendung erst mit *Abschluss der Einvernahme*, also im Moment, in dem die protokollführende Person das Protokoll unterzeichnet.<sup>1126</sup>

Explizit für Vollendung erst mit Abschluss der Einvernahme spricht sich CASSANI aus: «Lorsque le droit cantonal [bzw. heute die Schweizerische Zivilprozessordnung] soumet la validité à certaines formalités qui interviennent après l'audition, par exemple la signature du procès-verbal par la partie, le juge ou le greffier, voire la confirmation solennelle par le déclarant, la fausse déclaration n'est consommée qu'au moment où ces actes ont été

<sup>1124</sup> BGE 95 IV 75, E. 2; vgl. BGE 69 IV 211, E. 1; BGE 80 IV 122; BGE 85 IV 30, E. 1; BGE 98 IV 212, E. 1; BGE 107 IV 130, E. 3b; CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 13, N 15; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 13, Art. 307 N 74; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 39, Art. 307 N 39; DONATSCH/WOHLERS, S. 513 (zum falschen Zeugnis); DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 25; HAEFLIGER, Falsches Zeugnis, S. 309; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 255; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 372 f.; TRECHSEL/AF-FOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 16.

<sup>1125</sup> Siehe vorn N 418.

<sup>1126</sup> Gültigkeitsvoraussetzung, die zeitlich zuletzt erfüllt wird, ist die Unterschrift der protokollführenden Person, vgl. HAUSER, Protokollierung, S. 173: «Die Unterschrift [durch den Protokollführer (Gerichtsschreiber) und (oder) den Vorsitzenden bzw. Untersuchungsrichter] sollte auch unmittelbar am Schlusse stehen, damit durch nachträgliche Einfügung kein Blankettsmissbrauch getrieben werden kann.» Siehe auch vorn N 424.

accomplis (...).»<sup>1127</sup> Auch SCHULTZ schreibt – zum falschen Zeugnis –: «Das Delikt ist vollendet, sobald die Aussage gemäss der entsprechenden Prozessordnung abgeschlossen ist und die gesetzlich vorgeschriebenen Formen erfüllt sind. In der Regel wird dies geschehen sein, wenn das Protokoll nicht nur durch den Zeugen, sondern auch durch die Gerichtsperson unterzeichnet worden ist, insofern die Unterzeichnung durch diese Beamten Gültigkeitserfordernis ist.»<sup>1128</sup> Und wenn Lehre<sup>1129</sup> und Rechtsprechung<sup>1130</sup> im Zeitraum ab Abschluss der Aussage bis Abschluss der Einvernahme die Möglichkeit

---

<sup>1127</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 13 m.H.a. BGE 95 IV 75, E. 2.

<sup>1128</sup> SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 255 m.w.H.

<sup>1129</sup> Vorab WINTER, S. 117 ff.; davor schon – zum falschen Zeugnis – PFÄFFLI, S. 74 f.; vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 13, Art. 307 CP N 21, N 33 («tentative simple/inachevée»); CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 20 («tentative»); DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 41 («vollendeter Versuch»); DONATSCH/WOHLERS, S. 504 («Versuch»); STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 10, N 29 («Versuch»).

<sup>1130</sup> Vgl. – jeweils vollendeter Versuch – OGer ZH, ZR 1950, S. 146 f., S. 147 (Nichtunterzeichnung eines Zeugenprotokolls durch den Bezirksanwalt); OGer ZH, ZR 1957, S. 378 f. (Nichtunterzeichnung eines Zeugenprotokolls durch den protokollführenden Kanzleibeamten); OGer ZH/BGer, ZR 1962, S. 355 ff. (Nichtunterzeichnung des Zeugenprotokolls durch den Protokollführer), bestätigt vom BGer, a.a.O., S. 357: «Für die Entscheidung der Frage nach der Strafbarkeit einer formell ungültigen Zeugenaussage ist zu unterscheiden, je nachdem die fehlende Form vor oder nach der Aussage hätte Platz greifen müssen. Wurde beispielsweise der Zeuge entgegen einer Gültigkeitsvorschrift des kantonalen Rechtes vorgängig seiner Einvernahme nicht zur Wahrheit ermahnt oder auf das Recht, bei Vorliegen bestimmter Gründe die Aussage zu verweigern, aufmerksam gemacht, so ist ein Zeugnis objektiv überhaupt nicht zustande gekommen, und es konnte die Aussage auch nicht zu einem solchen werden, weil ihr von vornherein die Eignung dazu fehlte. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung folgerichtig die Strafbarkeit der falschen Aussagen auch bloß als Versuch des falschen Zeugnisses abgelehnt (vgl. BGE 71 IV 43). Völlig anders verhält es sich, wenn der Zeuge in der nach dem maßgebenden Prozeßrecht vorgesehenen Form aussagt und die Gültigkeit seiner Aussage als Zeugnis lediglich von der nachträglichen Erfüllung einer dem Willen des Zeugen entzogenen Formalität, namentlich von einem, wie sich die Vorinstanz ausdrückt, so nebensächlichen Umstand wie der Unterzeichnung des Protokolls durch den Protokollführer abhängt. In diesem Falle verwirklicht der Täter seinen Willen, falsch zu zeugen, in unwahren Angaben, die als solche geeignet sind, Gegenstand eines gültigen Zeugnisses zu werden. Denn die Form, von der hier die Gültigkeit der Aussage als Zeugnis abhängt, folgt der Einvernahme zeitlich nach und hat, anders als in den obgenannten Beispielen, auf die Aussage keinen Einfluß. Wer unter solchen Umständen falsch aussagt, macht sich bei nachträglicher Erfüllung der Form des vollendeten falschen Zeugnisses schuldig und ist infolgedessen, wo diese Bedingung ausbleibt, wegen vollendeten Versuches strafbar»; KGer SZ, RBKG SZ 1964, S. 24 ff. (Nichtunterzeichnung eines Zeugenprotokolls durch den Bezirksammann; = RStrS 1966, S. 98).

eines strafbaren Versuchs erkennen, impliziert dies Vollendung erst mit Abschluss der Einvernahme.

Für Vollendung mit Abschluss der Aussage und damit gegen die herrschende Meinung sprechen sich zunächst auch DELNON/RÜDY aus: «Vollendet ist die falsche Beweisaussage i.S.v. Art. 306 [StGB] mit der Bestätigung der Richtigkeit des Protokolls durch den Befragten (...)»<sup>1131</sup> Damit nicht vereinbar ist allerdings deren Kommentierung zwei Randnoten später: «Vollendeter Versuch ist gegeben, wenn die Befragung vollständig abgeschlossen ist, aber eine von der befragten Person unabhängige Formalität noch fehlt (...)»<sup>1132</sup>

Gültigkeitsvoraussetzung, die zeitlich zuletzt erfüllt wird, ist die Unterschrift der protokollführenden Person.<sup>1133</sup> Die Vollendung des objektiven Tatbestands kann mithin – sofern alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind – erst mit Setzen der Unterschrift der protokollführenden Person eintreten.<sup>1134</sup> Erst dann liegt überhaupt eine Beweisaussage vor.

Fraglich ist damit, wie es um den Zeitraum steht ab *Abschluss der Aussage* – also ab dem Moment, in dem die aussagende Person das Protokoll unterzeichnet bzw. das Gericht die Aussage als abgeschlossen erklärt<sup>1135</sup> – bis zum *Abschluss der Einvernahme* – also bis zu jenem Moment, in dem die protokollführende Person das Protokoll unterzeichnet.

Die allgemeinen Regeln der Versuchsstrafbarkeit sprechen dafür, in dieser Zeitspanne – für ein Tätigkeitsdelikt atypisch – vollendeten Versuch anzunehmen: «Vollendeter Versuch liegt vor, wenn die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt wird, aber der tatbestandsmässige Erfolg nicht eintritt (Art. 22 Abs. 1 StGB). Die Abgrenzung des vollendeten vom unvollendeten Versuch ist auf der Grundlage des konkreten Tatplans vorzunehmen. Es ist zu fragen, ob der Täter alle Voraussetzungen geschaffen hat, die nach seinem Plan zum Eintritt des Erfolges hätten führen sollen.»<sup>1136</sup> Die falsche Beweisaussage kennt als Tätigkeitsdelikt zwar keinen ausserhalb des täterischen Verhaltens

<sup>1131</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 39 m.w.H. (Fettdruck unterdrückt).

<sup>1132</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 41 m.w.H. (Fettdruck unterdrückt).

<sup>1133</sup> Siehe vorn Fn. 1126.

<sup>1134</sup> Vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 13; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 255; a.M. DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 39.

<sup>1135</sup> Siehe vorn N 418.

<sup>1136</sup> BGer, Urteil v. 2.2.2006, 6S.46/2005, 6P.134/2005, E. 10.4.2, nicht publiziert in BGE 132 IV 70; vgl. BGer, Urteil v. 1.2.2013, 6B\_239/2012, E. 2.2; DONATSCH/TAG, S. 141 f.; SEELMANN, S. 133 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 12 N 53 ff.

liegenden Erfolg.<sup>1137</sup> Es lässt sich aber schwerlich behaupten, der Täter habe im Zeitpunkt des Abschlusses der Aussage nicht alles getan, was nach seinem Plan zur Vollendung des Delikts hätte führen sollen. WINTER ist deshalb zuzustimmen, wenn er im fraglichen Zeitraum die Figur eines vollendeten Versuchs einer falschen Beweisaussage erkennt.<sup>1138</sup> Verweigert die aussagende Person die Unterschrift, dürfte der Zeitpunkt des Abschlusses der Aussage – ersatzweiser Vermerk der Weigerung und der dafür angegebenen Gründe im Protokoll<sup>1139</sup> – mit jenem des Abschlusses der Einvernahme zusammenfallen, so dass ein vollendeter Versuch nicht denkbar ist.

- 433 Die soeben bejahte Figur des vollendeten Versuchs einer falschen Beweisaussage ist allerdings nicht strafbar: In der fraglichen Konstellation fehlt die Unterschrift des Protokollführers, die Gültigkeitsvoraussetzung und mithin objektive Bedingung der Strafbarkeit ist.<sup>1140</sup>
- 434 Bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aussage könnte prinzipiell ein unvollendeter Versuch vorliegen.<sup>1141</sup> Weil der aussagenden Person ermöglicht werden soll, ihre Angaben bis zum Abschluss der Aussage folgenlos zu korrigieren,<sup>1142</sup> kann sie sich nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bis zum Abschluss der Aussage nicht wegen Versuchs strafbar machen.<sup>1143</sup> Die

---

<sup>1137</sup> WINTER, S. 16, S. 118; vgl. – zum falschen Zeugnis – BGE 69 IV 211, E. 1; BGE 94 IV 1, E. b; BGer, Urteil v. 5.4.2000, 1A.360/1999, E. 3e/aa; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 16.

<sup>1138</sup> WINTER, S. 117 ff. Siehe auch vorn Fn. 1129 f.

<sup>1139</sup> Siehe vorn N 424.

<sup>1140</sup> Siehe vorn N 420. Vgl. auch BGer, Urteil v. 10.11.2014, 6B\_101/2014, E. 2.2 (= FP 2015, S. 70 f., S. 131 f.).

<sup>1141</sup> Vgl. – Fall der Unterschriftverweigerung – WINTER, S. 120 Fn. 34; in diesem Sinn – für das falsche Zeugnis – HAEFLIGER, Falsches Zeugnis, S. 311.

<sup>1142</sup> Siehe vorn N 418.

<sup>1143</sup> Vgl. – ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum falschen Zeugnis – BGE 80 IV 122; BGE 85 IV 30, E. 2; BGE 95 IV 75, E. 2; CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 15, Art. 307 CP N 30 ff.; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 13, Art. 307 N 75; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 40; DONATSCH/WOHLERS, S. 513 f.; DUPUIS et al., PC CP, Art. 306 N 26; PFÄFFLI, S. 68 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 34; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 4, Art. 307 StGB N 8; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 16. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung abl. HAEFLIGER, Falsches Zeugnis, S. 307 ff.; WAIBLINGER, Rechtsprechung 1953/54, S. 207 f.; WAIBLINGER, Versuch, S. 141 ff.; zunächst auch SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 256; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 367 ff.; später zust. – mit abweichender Begründung – SCHULTZ, Rechtsprechung StGB, S. 155.

objektiven Bedingungen der Strafbarkeit einer falschen Beweisaussage sind in dieser Konstellation jedenfalls nicht erfüllt.

## 2. Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung (Art. 307 StGB)

Die Marginalie von Art. 307 StGB nimmt vorweg, dass der Tatbestand drei 435 Taten umschreibt: das falsche Zeugnis, das falsche Gutachten und die falsche Übersetzung.<sup>1144</sup>

### A. Falsches Zeugnis

Nach Art. 307 Abs. 1 StGB macht sich u.a. strafbar, wer in einem gericht- 436 lichen Verfahren als Zeuge zur Sache falsch aussagt.

#### c) Objektiver Tatbestand

Die Tat kann zunächst einmal nur von einem Zeugen *in einem gerichtlichen* 437 *Verfahren* begangen werden. Der Zivilprozess jedenfalls – auf Verhalten in dessen Rahmen sich vorliegende Untersuchung beschränkt – stellt ein gerichtliches Verfahren i.S.v. Art. 307 Abs. 1 StGB dar.<sup>1145</sup> Täter kann nur sein, wer *Zeuge* ist (echtes Sonderdelikt).<sup>1146</sup> Wer nicht Zeuge ist, kann sich mit- hin allein wegen Anstiftung oder Gehilfenschaft strafbar machen kann.<sup>1147</sup> «Zeuge ist, wer in prozessual zulässiger Weise zur Wiedergabe eigener Wahrnehmungen über den aufzuklärenden Sachverhalt vor einer Behörde

<sup>1144</sup> Vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 1.

<sup>1145</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 17; DONATSCH/WOHLERS, S. 506; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 244; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 6.

<sup>1146</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 7; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 5; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 7; DONATSCH/WOHLERS, S. 507; PFÄFFLI, S. 18; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 227; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 2; vgl. SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 376; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 3.

<sup>1147</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 7; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 78; DONATSCH/WOHLERS, S. 514 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 2; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 18; unklar DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 36 ff.

aufgerufen und zugelassen ist.»<sup>1148</sup> Im Zivilprozess kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er unmittelbar wahrgenommen hat, wer nicht Partei ist (Art. 169 ZPO).<sup>1149</sup>

- 438 Die Tathandlung besteht in einer *falschen Aussage zur Sache*.<sup>1150</sup> Damit die falsche Aussage strafrechtlich relevant ist, muss sie «zur Sache» sein. Diese Einschränkung findet sich sowohl bei der falschen Beweisaussage der Partei nach Art. 306 Abs. 1 StGB als auch beim falschen Zeugnis nach Art. 307 Abs. 1 StGB. Es wurde bereits festgestellt, dass die Formulierungen gleich auszulegen sind, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.<sup>1151</sup> Entsprechendes gilt hinsichtlich der *Falschheit* der Aussage.<sup>1152</sup>

#### **d) Subjektiver Tatbestand**

- 439 Für den subjektiven Tatbestand des falschen Zeugnisses gilt das zur falschen Beweisaussage der Partei Ausgeführte entsprechend.<sup>1153</sup>

#### **e) Objektive Strafbarkeitsbedingungen**

- 440 Die einzelnen Gültigkeitsvoraussetzungen des Zeugnisses sind – wie bei der falschen Beweisaussage der Partei<sup>1154</sup> – objektive Bedingungen der Strafbarkeit. Welche es sind, bestimmt das massgebende Prozessrecht.<sup>1155</sup>

---

<sup>1148</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 507 m.w.H.; vgl. BGE 92 IV 201, E. 2a; BGE 94 IV 1; BGE 98 IV 212, E. 1; CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 8; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 12; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 9; E. HAFTER, Besonderer Teil II, S. 807; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 3.

<sup>1149</sup> Vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 13; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 10; DONATSCH/WOHLERS, S. 507 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 3; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 4. Zur Parteistellung siehe vorn N 410.

<sup>1150</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 26.

<sup>1151</sup> Siehe vorn N 416 f.

<sup>1152</sup> Siehe vorn N 418 f.

<sup>1153</sup> Siehe vorn N 420. Vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 306 CP N 19, Art. 307 CP N 41 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 306 N 15, Art. 307 N 46 ff.; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 306 N 32, Art. 307 N 31; DONATSCH/WOHLERS, S. 503 f., S. 513; PFÄFFLI, S. 60 ff.; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 254; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 14 f., N 36 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 306 StGB N 5, Art. 307 StGB N 11; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 306 N 5, Art. 307 N 12, N 15.

<sup>1154</sup> Siehe vorn N 420.



Die Schweizerische Zivilprozessordnung stellt für das Ablegen eines Zeugnisses verschiedene Formvorschriften auf (vgl. Art. 170 ff. ZPO), die – wie bei der Beweisaussage der Partei<sup>1156</sup> – die Frage aufwerfen, ob es sich dabei jeweils um Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften handelt: Die Missachtung von Gültigkeitsvorschriften macht die Aussage als Zeugnis prozessual unverwertbar; es liegt keine Aussage i.S.v. Art. 307 Abs. 1 StGB vor.<sup>1157</sup> Demgegenüber berührt die Missachtung von Ordnungsvorschriften das Vorliegen einer Aussage i.S.v. Art. 307 Abs. 1 StGB nicht.<sup>1158</sup> Ob eine Formvorschrift Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ist, bestimmt sich nach herrschender Meinung nach dem massgebenden Prozessrecht.<sup>1159</sup> Nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung sind – wie bei der Beweisaussage der Partei<sup>1160</sup> – die Ermahnung zur Wahrheit und – sofern der Zeuge das 14. Altersjahr vollendet hat – der Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB (vgl. Art. 171 Abs. 1 ZPO),<sup>1161</sup> die

<sup>1155</sup> Vgl. BGE 69 IV 211, E. 2b; BGE 71 IV 43; BGE 94 IV 1; CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 16; a.M. TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 7.

<sup>1156</sup> Siehe vorn N 424.

<sup>1157</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 17 f.; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 26; DONATSCH/WOHLERS, S. 510; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 248; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 27; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 7; vgl. BGE 69 IV 211, E. 2b; BGE 71 IV 43; BGE 86 I 86, E. 1; BGE 94 IV 1; a.M. PFÄFFLI, S. 36 f. Siehe auch vorn N 424.

<sup>1158</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 17 f.; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 27; DONATSCH/WOHLERS, S. 510. Siehe auch vorn N 424.

<sup>1159</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 17 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 16; DONATSCH/WOHLERS, S. 510; SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 248; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 359; wohl auch DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 26; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 27 f.; vgl. BGE 86 I 86, E. 1; BGer, Urteil v. 3.5.2005, 6P.168/2004, 6S.442/2004, E. 2.4; BGer, Urteil v. 3.5.2005, 6P.170/2004, 6S.445/2004, E. 2.6; a.M. PFÄFFLI, S. 36 f. Gemäss der – von der herrschenden Lehre abgelehnten (CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 18; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 16; SCHULTZ, Falsches Zeugnis, S. 359; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 27) – Auffassung des BGer kann es sich um eine Gültigkeitsvorschrift nur dann handeln, wenn deren Verletzung mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann: BGE 69 IV 211, E. 2b; BGE 71 IV 43.

<sup>1160</sup> Siehe vorn N 424 f.

<sup>1161</sup> P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 152 N 16, Art. 171 N 3; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 171 N 2, N 4; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 171 N 4 f.; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 171 N 4; vgl. H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 171 N 14; vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 19; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 21, N 25, N 27; DONATSCH/WOHLERS, S. 510; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 9.

Aufklärung über das Verweigerungsrecht (vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO)<sup>1162</sup> und die Protokollierung in einer der vorgesehenen Formen Gültigkeitsvoraussetzungen.<sup>1163</sup>

- 442 Im Vergleich zu Art. 306 Abs. 1 StGB fällt auf, dass bei Art. 307 Abs. 1 StGB der Passus «nach erfolgter richterlicher Ermahnung zur Wahrheit und nach Hinweis auf die Straffolgen» fehlt,<sup>1164</sup> was sich hier nicht auswirkt, weil für die einzige<sup>1165</sup> Form der Beweisaussage des Zeugen in Art. 171 Abs. 1 ZPO ohnehin vorgesehen ist, dass der Zeuge vor der Einvernahme zur Wahrheit ermahnt und – sofern der Zeuge das 14. Altersjahr vollendet hat – zudem auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses (Art. 307 StGB) hingewiesen wird.<sup>1166</sup>
- 443 Bei genauerer Betrachtung jedoch mutet die Situation für Zeugen zwischen dem 10. und 14. Altersjahr paradox an. Sie sind strafmündig (Art. 3 Abs. 1 JStG) und kommen damit als Täter in Frage,<sup>1167</sup> werden vor der Ein-

---

<sup>1162</sup> Vgl. P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 152 N 16, Art. 171 N 3; HIGI, DK ZPO, Art. 161 N 24; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 171 N 9; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 161 N 2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 113 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 80; vgl. auch CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 19; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 27 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 510; TRECHSEL/AFFOLTER-EJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 10. S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 161 N 3, Art. 171 N 2, betrachtet darüber hinaus auch die Aufklärung über die allgemeinen Mitwirkungspflichten als Drittperson (Art. 160 ZPO) sowie die Säumnisfolgen (Art. 167 ZPO) als Gültigkeitserfordernis (ebenso wohl auch GASSER/RICKLI, Art. 161 ZPO N 2; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 161 N 6 f.; E. SCHMID, BSK ZPO, Art. 161 N 10; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 884), gleichzeitig soll der fehlende Hinweis auf die Wahrheitspflicht wiederum nicht Ungültigkeit der Aussage zur Folge haben, «(...) wenn sich die Annahme aufdrängt, der Zeuge hätte in Missachtung der Wahrheitspflicht ohnehin falsch ausgesagt (...)» (a.a.O., Art. 171 N 3, u.a. m.H.a. BGE 86 I 86, E. 2).

Vgl. aber auch die in Art. 161 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Ausnahmen, wonach das Gericht bei unterlassener Aufklärung über das Verweigerungsrecht die erhobenen Beweise dennoch berücksichtigen darf, wenn die betroffene Person (nachträglich) zustimmt oder die Verweigerung unberechtigt gewesen wäre.

<sup>1163</sup> Zur Protokollierung siehe vorn N 424.

<sup>1164</sup> Vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 22; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 21; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 28.

<sup>1165</sup> Im Unterschied zu den zwei Formen für die Beweisaussage der Partei, Parteibefragung nach Art. 191 ZPO und Beweisaussage nach Art. 192 ZPO (siehe vorn N 412 ff.).

<sup>1166</sup> Siehe vorn N 441.

<sup>1167</sup> Vgl. DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 7; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 171 N 2.

vernahme aber nicht auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses hingewiesen. In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung heisst es dazu lapidar: «Gegenüber Personen bis 14 Jahren entfällt dieser Hinweis [auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses]: Sie sind bei falschem Zeugnis somit nicht strafbar.»<sup>1168</sup> Der Gesetzgeber – und mit ihm die herrschende zivilprozessrechtliche Lehre<sup>1169</sup> – nimmt also an, dass *allein* aus dem Umstand, dass vor der Einvernahme nicht auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses hingewiesen wird, auf Straflosigkeit allfälliger falscher Zeugnisse geschlossen werden muss. Strafrechtlich gibt es allerdings keinen Grund, die Strafbarkeit *allein* aufgrund des fehlenden Hinweises auszuschliessen.<sup>1170</sup> Der Hinweis ist keine Gültigkeitsvoraussetzung, mithin auch keine objektive Bedingung der Strafbarkeit.<sup>1171</sup> WEIBEL/S. NAEGELI führen zur Regelung, dass Zeugen, die das 14. Altersjahr noch nicht vollendet haben, nicht auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 StGB hingewiesen werden, aus: «Diese Regelung nimmt keinen Bezug auf die (abweichenden) Altersgrenzen im Jugendstrafrecht (...). Sie ist vielmehr im Laufe der Beratungen der Expertenkommission – ohne Anlehnung an Vorgaben aus der Gesetzgebung und Praxis – aus der Überlegung entstanden, dass dem Verzicht auf Festlegung einer starren unteren Altersgrenze für die Einvernahme wenigstens ein angemessener Schutz vor Strafverfolgung (und bereits ihrer Androhung) entgegengestellt werden sollte.»<sup>1172</sup> Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte wird man billigen müssen – und wohl auch verschmerzen können –, dass von der Bestrafung nach Art. 307 StGB von Zeugen, die das 14. Altersjahr noch nicht vollendet haben, generell abgesehen wird.

<sup>1168</sup> Botschaft ZPO, S. 7321.

<sup>1169</sup> Vgl. P. GUYAN, BSK ZPO, Art. 171 N 2; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 171 N 4; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 797; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 171 N 3; unklar H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 171 N 3 f.

<sup>1170</sup> Ausser unter der Prämisse, der Hinweis auf die Straffolgen sei – unabhängig vom massgebenden Prozessrecht – «essentiale» der Zeugenaussage, so TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 9. Sich auf die Lehrmeinung von TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN stützend insb. S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 171 N 4; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 171 N 4.

<sup>1171</sup> Immerhin könnte es in solchen Fällen am Vorsatz fehlen, vgl. BGE 69 IV 211, E. 2. Vgl. auch SCHULTZ, Aussagedelikte, S. 249.

<sup>1172</sup> WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 171 N 3.

**f) Vollendung und strafbarer Versuch**

- 444 Für die Frage der Vollendung und des strafbaren Versuchs gilt das zur falschen Beweisaussage der Partei Ausgeführte entsprechend.<sup>1173</sup>

**B. Falsches Gutachten**

- 445 Nach Art. 307 Abs. 1 StGB macht sich auch strafbar, wer in einem gerichtlichen Verfahren als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten abgibt. Der Tatbestand unterscheidet sich von jenem des falschen Zeugnisses im Wesentlichen einzig in der besonderen Eigenschaft des Täters:<sup>1174</sup> Täter kann hier nur sein, wer *Sachverständiger* ist (echtes Sonderdelikt).<sup>1175</sup> Wer nicht Sachverständiger ist, kann sich mithin allein wegen Anstiftung oder Helferschaft strafbar machen.<sup>1176</sup> «Sachverständige sind Personen, die vom Richter beigezogen werden, um dem Gericht Erkenntnisse über bestehende Erfahrungssätze zu vermitteln, aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse Schlussfolgerungen aus Tatsachen zu ziehen und/oder aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse Erkenntnisse zu gewinnen, die ein Gericht selbst nicht gewinnen kann.»<sup>1177</sup> Die Beauftragung durch das Gericht schliesst den Privatgutachter, der von den Parteien beauftragt wird, als Täter aus.<sup>1178</sup>

---

<sup>1173</sup> Siehe vorn N 427 ff.

<sup>1174</sup> Vgl. DONATSCH/WOHLERS, S. 516; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 35; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 5.

<sup>1175</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 6 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 5; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 7; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 2; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 3.

<sup>1176</sup> Siehe vorn N 437.

<sup>1177</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 4 (Hervorhebung unterdrückt); vgl. CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 21; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 12; DONATSCH/WOHLERS, S. 517; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25.

<sup>1178</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 34; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 23; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 13 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 517; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 4; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 5. Gegebenenfalls wäre eine Urkundenfälschung zu prüfen, siehe vorn N 359 ff.

Im Übrigen kann auf das entsprechend zum falschen Zeugnis Ausgeführte verwiesen werden.<sup>1179</sup> Das gilt insbesondere für die Erfüllung der Gültigkeitsvoraussetzungen nach dem massgebenden Prozessrecht.<sup>1180</sup> Zu erwähnen wäre hier namentlich der Hinweis auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens nach Art. 307 StGB gemäss Art. 184 Abs. 2 ZPO, der Gültigkeitsvoraussetzung des Gutachtens<sup>1181</sup> und mithin objektive Bedingung der Strafbarkeit des falschen Gutachtens ist.<sup>1182</sup>

### C. Falsche Übersetzung

Nach Art. 307 Abs. 1 StGB macht sich schliesslich auch strafbar, wer als Übersetzer oder Dolmetscher falsch übersetzt. Hier kann nur Täter sein, wer *Übersetzer oder Dolmetscher* ist (echtes Sonderdelikt).<sup>1183</sup> Wer nicht Übersetzer oder Dolmetscher ist, kann sich mithin allein wegen Anstiftung oder Gehilfenschaft strafbar machen kann.<sup>1184</sup> «Mit der Formulierung «Übersetzer oder Dolmetscher» werden alle gerichtlich bestellten Personen erfasst, die prozessual relevante mündliche oder schriftliche Äusserungen von einer Fremdsprache in die Gerichtssprache übertragen oder dem Gericht den Sinn spezieller Zeichen (z.B. Taubstummensprache) vermitteln.»<sup>1185</sup>

<sup>1179</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 35; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 5; vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 35 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 22 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 516 f. Siehe vorn N 438 ff.

<sup>1180</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 35.

<sup>1181</sup> DOLGE, BSK ZPO, Art. 184 N 6, N 16; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 184 N 13; S. RÜETSCHI, BK ZPO II, Art. 184 N 6; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 184 N 1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 232; WEIBEL, ZK ZPO, Art. 184 N 4a; vgl. DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 21; a.M. BÜHLER, Gerichtsgutachten, S. 52; PERROULAZ, SHK ZPO, Art. 184 N 10.

<sup>1182</sup> H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 184 N 1; vgl. BÜHLER, Gerichtsgutachten, S. 52 f. Siehe auch vorn N 420.

<sup>1183</sup> CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 6 f.; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 5; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 7; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 2; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 3.

<sup>1184</sup> Siehe vorn N 437.

<sup>1185</sup> DONATSCH/WOHLERS, S. 517 (Hervorhebung unterdrückt); vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 39; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 24, N 26; DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 15 f.; STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 25; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 307 StGB N 5.

- 448 Im Übrigen kann auf das entsprechend zum falschen Zeugnis und falschen Gutachten Ausgeführte verwiesen werden.<sup>1186</sup> Was hier allerdings auffällt, ist, dass sich in der Schweizerischen Zivilprozessordnung keine Bestimmung findet, wonach Übersetzer und Dolmetscher auf die Strafbarkeit einer falschen Übersetzung nach Art. 307 StGB hingewiesen werden müssten.<sup>1187</sup> Die Frage, ob ein solcher Hinweis zu erfolgen hat und, wenn ja, ob er Gültigkeitsvoraussetzung ist, wird in der Literatur zur Schweizerischen Zivilprozessordnung – soweit ersichtlich – nicht aufgegriffen. Einzig WEBER hält zu Übersetzungen in den Verhandlungen fest, dass «(...) das Gericht für eine sachverständige Dolmetscherin zu sorgen und diese zu Beginn der Verhandlungen gestützt auf Art. 307 StGB in die Pflicht zu nehmen [hat]»<sup>1188</sup>. DELNON/RÜDY gehen davon aus, dass «(...) eine Bestrafung nach Art. 307 [StGB] nur erfolgen kann, wenn der Hinweis auf die Wahrheitspflicht und allfällige strafrechtliche Folgen bei Unwahrheit erfolgt ist (...)»<sup>1189</sup>. Sie schliessen dies aus dem Umstand, dass sich in der Schweizerischen Zivilprozessordnung keine Bestimmung für Übersetzer findet, was als Begründung nicht überzeugt.<sup>1190</sup> Gestützt auf die bisherigen Überlegungen muss man vielmehr davon ausgehen, dass gerichtlich bestellte Übersetzer und Dolmetscher auch ohne vorausgehenden Hinweis auf die Strafbarkeit einer falschen Übersetzung nach Art. 307 StGB gestützt auf ebendiese Strafbestimmung bestraft werden können.<sup>1191</sup> Fraglich ist, ob neben der Schweizerischen Zivilprozessordnung noch Raum für allfällige kantonale Gültigkeitsvorschriften

<sup>1186</sup> STRATENWERTH/BOMMER, § 56 N 35; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 5; vgl. CASSANI, Commentaire, Art. 307 CP N 38, N 40; CORBOZ, Infractions II, Art. 307 N 25 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 516 ff. Siehe vorn N 438 ff., N 446.

<sup>1187</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 21.

<sup>1188</sup> R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 129 N 6 (Hervorhebung unterdrückt).

<sup>1189</sup> DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 307 N 21.

<sup>1190</sup> Der Standpunkt lässt sich dann begründen, wenn man den Hinweis als *essentielle* anerkennt, das unabhängig vom massgebenden Prozessrecht erfüllt sein muss, vgl. – zum falschen Zeugnis – PFÄFFLI, S. 41; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK StGB, Art. 307 N 7, N 9; so wohl auch HAUSER, Falsches Zeugnis, S. 359 f.

<sup>1191</sup> Vgl. – konkret zu Übersetzungen in damals noch nach kantonalem Recht geführten Strafverfahren – auch BGer, Urteil v. 3.5.2005, 6P.168/2004, 6S.442/2004, E. 2.4; BGer, Urteil v. 12.10.2006, 6P.149/2006, 6S.336/2006, E. 2.5 m.w.H.: «Ob eine Ermahnung zur Wahrheit oder ein Hinweis auf die Straffolgen überhaupt und gegebenenfalls in welcher Form geboten sind, hängt vom kantonalen Recht ab (...)»

ten für Übersetzungen besteht (vgl. Art. 122 Abs. 1 BV), deren Erfüllung objektive Bedingung der Strafbarkeit nach Art. 307 StGB sein könnte.<sup>1192</sup>

### 3. Zwischenfazit

Kommt es im Beweisverfahren zu einer Beweisaussage der Partei nach Art. 192 ZPO und gibt die Partei eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen ab, ist der Tatbestand der falschen Beweisaussage nach Art. 306 Abs. 1 StGB regelmässig erfüllt. Führt die Partei den Prozess mit falschen Zeugnissen, falschen Gutachten oder falschen Übersetzungen i.S.v. Art. 307 StGB, kann sie sich gegebenenfalls wegen Anstiftung (Art. 24 StGB) oder Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) zu Art. 307 StGB strafbar machen.<sup>1193</sup>

## V. Ergebnisse des 3. Kapitels

Selbst wenn Art. 146 StGB auf das untersuchte Verhalten der Partei nicht angewandt werden kann, sind zahlreiche Formen des untersuchten Verhaltens der Partei strafrechtlich sanktioniert.<sup>1194</sup>

Im Vordergrund dürfte das Herstellen und das Verwenden unechter oder unwahrer Urkunden als Beweismittel im Zivilprozess stehen, welche Verhaltensweisen den Straftatbestand von Art. 251 StGB erfüllen können. Strafrechtlich relevant ist weiter das Wecken oder Bestärken eines Tatentschlus-

<sup>1192</sup> Vgl. z.B. Dolmetscherverordnung des Kantons Zürich vom 26./27. November 2003 (LS 211.17), in der zwar Art. 307 StGB bei den Pflichten der Beauftragten erwähnt ist (§ 17 Abs. 2), sich aber genauso wenig eine Bestimmung findet, wonach Übersetzer und Dolmetscher auf die Strafbarkeit einer falschen Übersetzung nach Art. 307 StGB *hingewiesen* werden müssten.

<sup>1193</sup> In welchem Fall im Übrigen Bestechungsdelikte nach Art. 322<sup>ter</sup> StGB zu prüfen wären, worauf hier verzichtet wird.

<sup>1194</sup> Vgl. aber auch PIECH, S. 205 (Hervorhebung hinzugefügt): «Nach der hier vertretenen Ansicht, aber auch bei Zugrundelegung der h.M., die die Konstruktion des Prozeßbetrugs grundsätzlich anerkennt, ergeben sich de lege lata im Bereich der Täuschung des Gerichts durch die Prozeßpartei *erhebliche Strafbarkeitslücken*»; PIECH, S. 213 (Hervorhebung hinzugefügt): «Die Ablehnung der Konstruktion des Prozeßbetrugs hat zur Folge, daß das täuschende Verhalten der Prozeßpartei *in den überwiegenden Fällen straflos* bleibt.»

ses bei einem Dritten im Zivilprozess ein falsches Zeugnis abzulegen, ein falsches Gutachten zu erstatten oder eine falsche Übersetzung abzuliefern, welche Verhaltensweisen den Straftatbestand von Art. 307 i.V.m. Art. 24 bzw. Art. 25 StGB erfüllen können. Mit einer eigenen unzutreffenden Erklärung über Tatsachen kann sich die Partei schliesslich nach Art. 306 StGB strafbar machen, wenn sie die Erklärung als Beweisaussage nach Art. 192 StGB abgibt. Nur geringe Bedeutung dürfte der Straftatbestand der Verleumdung nach Art. 174 StGB haben, der im Rahmen des untersuchten Verhaltens aber ebenfalls erfüllt sein kann.



## 4. Kapitel: Andere Sanktionierung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass das betrachtete Verhalten der Partei – wenn auch nicht nach Art. 146 StGB – in vielen Fällen strafrechtlich sanktioniert ist. Damit ist indes auch gesagt, dass es in bestimmten Konstellationen an einer strafrechtlichen Sanktionierung gänzlich fehlen kann. Als solche sind einmal all jene Fälle auszumachen, in denen sich das Verhalten der Partei in blossen unzutreffenden Erklärungen im Behauptungsstadium erschöpft.<sup>1195</sup> Fälle von Straflosigkeit können weiter dort eintreten, wo der strafrechtliche Schutz der Beweismittel «versagt». Also in Fällen, in denen die zivilprozessualen Beweismittel des Augenscheins oder der Parteibefragung (Art. 191 ZPO) betroffen sind, die strafrechtlich überhaupt nicht geschützt sind; oder dann, wenn der strafrechtliche Schutz beschränkt ist, wie bei zivilprozessualen Urkunden, die vom strafrechtlichen Begriff der Urkunde nicht vollständig erfasst sind; oder bei der Urkundenunterdrückung, die bei restriktiver Auslegung nur wenige Tathandlungen umfasst; oder allgemein bei den besprochenen Urkundendelikten, wenn die Partei sich selbst helfen will, es mithin an der Absicht auf einen unrechtmässigen Vorteil mangelt.

Gerade diese Konstellationen der Straflosigkeit werfen die Frage auf, ob und gegebenenfalls wie das Zivilprozessrecht und – soweit Rechtsanwälte als berufsmässige Vertreter involviert sind – das Aufsichtsrecht derartige Fälle sanktionieren.<sup>1196</sup> Es ist nicht das Ziel der vorliegenden Arbeit, die entsprechenden Sanktionen umfassend darzustellen; die Betrachtung ausgewählter zivilprozessualer sowie aufsichtsrechtlicher Sachverhalte kann und soll aber die Tatsache der ausbleibenden strafrechtlichen Reaktion relativieren.

---

<sup>1195</sup> In Frage kommen insoweit nur strafbare Handlungen gegen die Ehre, die weitgehend gerechtfertigt sind, siehe vorn N 320 ff.

<sup>1196</sup> Auch eine zivilrechtliche Sanktion ist nicht auszuschliessen, insb. die Begründung einer Schadenersatzpflicht (vgl. BGE 117 II 394; BOHNET, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 52 CPC N 55; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 36 ff.; FURRER, S. 142; GEHRI, BSK ZPO, Art. 52 N 17; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 190; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 74; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 73), worauf in der vorliegenden Arbeit aber nicht weiter eingegangen wird.

## **I. Zivilprozessuale Sanktionierung**

- 454 Im System der zivilprozessualen Sanktionierung bildet Art. 52 ZPO, der alle am Verfahren beteiligten Personen anhält, nach Treu und Glauben zu handeln, gewissermassen den Grundtatbestand. Daneben trifft man in der Schweizerischen Zivilprozessordnung verstreut auf weitere spezielle Sanktionierungstatbestände.<sup>1197</sup> Im Folgenden sollen drei ausgewählte Sachverhalte dargestellt werden, in denen es zwar an der Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung fehlen kann, eine zivilprozessuale Sanktionierung aber nicht ausgeschlossen ist. Im Rahmen der erwähnten Konstellationen, die strafrechtlich nicht sanktioniert sind, dürften sie am häufigsten auftreten.

### **1. Bewusst unwahre Tatsachenbehauptung und Bestreitung wesentlich wahrer Tatsachenbehauptungen**

- 455 Im ersten Sachverhalt behauptet die Partei oder ihr Vertreter bewusst unwahre Tatsachen bzw. bestreitet die Partei oder ihr Vertreter wesentlich wahre Tatsachenbehauptungen. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass in diesen Fällen kein strafrechtlicher Schutz besteht.<sup>1198</sup> Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, werden an den umschriebenen Sachverhalt jedoch verschiedene zivilprozessuale Sanktionen geknüpft. Es gilt festzuhalten, welche objektiven und subjektiven Voraussetzungen dazu erfüllt sein müssen.

#### **A. Objektive Voraussetzungen**

- 456 In objektiver Hinsicht kann grundsätzlich auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 146 StGB und Art. 306 StGB verwiesen werden. Demnach muss eine unzutreffende Erklärung über Tatsachen vorliegen.<sup>1199</sup> Diese kann in einer Tatsachenbehauptung oder Bestreitung bestehen.<sup>1200</sup> Nicht einzusehen ist, weshalb nicht auch die unzutreffende

---

<sup>1197</sup> Vgl. GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 7; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 397; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4.

<sup>1198</sup> In Frage kommen insoweit nur strafbare Handlungen gegen die Ehre, die weitgehend gerechtfertigt sind, siehe vorn N 320 ff.

<sup>1199</sup> Siehe vorn N 50.

<sup>1200</sup> Siehe vorn N 54 ff., N 73.

Erklärung über Tatsachen in der Gestalt einer Anerkennung die objektive Voraussetzung erfüllen soll.<sup>1201</sup> Massgebend ist der in Eingaben verwendete oder in Verhandlungen geäußerte Wortlaut.<sup>1202</sup> Nur was sich unmittelbar auf diesen stützen lässt, kann als erklärt gelten.<sup>1203</sup>

Fraglich ist, ob auch die unterlassene zutreffende Erklärung über eine Tatsache die Voraussetzung erfüllt, was nach hier vertretener Ansicht zu verneinen ist. In der Lehre wird als Beispiel für eine bös- oder mutwillige Prozessführung etwa der Anwalt angeführt, «(...) der Tatsachen verheimlicht, die für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation erheblich sind (...)»<sup>1204</sup>. Das Beispiel geht zurück auf BGE 121 IV 317, in welchem Straffall das Bundesgericht die Verurteilung eines Anwalts zur Bezahlung einer Busse nach Art. 31 Abs. 2 aOG<sup>1205</sup> wie folgt begründet: «*L'avocat des recourants, en se référant expressément à l'art. 8 [a] LAVI dans le recours de droit public et aux art. 2 [a] LAVI et 270 [a] PPF dans le pourvoi en nullité, a dissimulé des faits pertinents pour juger de la qualité de ses mandants à recourir, usant ainsi de mauvaise foi pour obtenir des décisions favorables à ceux-ci (...)*»<sup>1206</sup>. Die Erwägung lässt sich so interpretieren, dass nicht etwa von einem Fall unterlassener zutreffender Erklärung über eine Tatsache – im betreffenden Fall der Umstand, dass über die Zivilansprüche eine Vergleichsvereinbarung mit Saldoklausel abgeschlossen und erfüllt worden ist<sup>1207</sup> – auszugehen ist, sondern mit der ausdrücklichen Berufung des Anwalts auf Art. 8 aOHG sowie Art. 2 aOHG und Art. 270 aBStP von einem Fall – aus-

<sup>1201</sup> Vgl. GULDENER, Treu und Glauben II, S. 406; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 31; vgl. aber auch GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11 m.H.a. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189, der dort insb. schreibt: «Nicht verboten ist es einer Partei, unwahre Tatsachenbehauptungen zum eigenen Nachteil aufzustellen.» Siehe auch vorn N 70.

<sup>1202</sup> Siehe vorn N 52.

<sup>1203</sup> Siehe vorn N 68.

<sup>1204</sup> R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 128 N 10 m.H.a. BGE 121 IV 317, E. 4; vgl. GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 19; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 4; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 4; URWYLER, DK ZPO, Art. 115 N 2; vgl. auch – für das BGG – AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Art. 33 LTF N 22; HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 18.

<sup>1205</sup> «Wegen böswilliger oder mutwilliger Prozessführung kann sowohl die Partei als auch deren Vertreter mit einer Ordnungsbusse bis 600 Franken und bei Rückfall bis 1500 Franken bestraft werden»; vgl. Art. 33 Abs. 2 BGG; Art. 128 Abs. 3 ZPO.

<sup>1206</sup> BGE 121 IV 317, E. 4 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>1207</sup> BGE 121 IV 317, Sachv. B., E. 3a.

nahmsweise anzunehmender – impliziter Erklärung über eine Tatsache, nämlich dass Zivilansprüche bestehen bzw. bis dahin keine zivilrechtliche Auseinandersetzung der Parteien stattgefunden hat.

- 458 Dieser Interpretation nicht zugänglich sein dürften indes zwei weitere Entscheide des Bundesgerichts. Einmal erwägt es – die Anwendung von Art. 40 lit. a aLPC/GE<sup>1208</sup> auf Willkür prüfend –: «Le devoir de loyauté implique que les parties renoncent au mensonge, que ce soit par action *ou par omission*.»<sup>1209</sup> Nach hier vertretener Ansicht besteht im Geltungsbereich der Schweizerischen Zivilprozessordnung keine Vollständigkeitspflicht,<sup>1210</sup> weshalb die Erwägung des Bundesgerichts mit BOHNET/MARTENET, COCCHI und HURNI – jedenfalls im Hinblick auf die Schweizerische Zivilprozessordnung – als zu weitgehend abzulehnen ist.<sup>1211</sup> Ebenso wenig vermag die Erwägung des Bundesgerichts in einem weiteren Entscheid – zu Art. 33 Abs. 2 BGG – zu überzeugen, wonach eine Partei treuwidrig argumentiere, wenn sie sich auf isolierte Passagen einer Aussage stütze und präzisierende bzw. korrigierende Passagen in derselben Aussage unerwähnt lasse.<sup>1212</sup>

## B. Subjektive Voraussetzungen

- 459 Die Adverbiale «bewusst» und «wissentlich» umschreiben subjektive Voraussetzungen. Damit kann nur gemeint sein, dass die Partei bzw. ihr Vertreter sicheres Wissen bezüglich der Unwahrheit der Erklärung haben muss. Insbesondere Mutmassungen, bei denen die Partei bzw. ihr Vertreter die Möglichkeit der Unwahrheit der Erklärung erkennt, ohne aber über sicheres Wissen darüber zu verfügen, erfüllen damit die subjektive Voraussetzung nicht.<sup>1213</sup>

---

<sup>1208</sup> «Est condamnée à l'amende la partie qui pour fonder sa demande ou sa défense, a recours à des allégations intentionnellement inexactes, à des imputations calomnieuses ou à tout autre moyen de mauvaise foi.»

<sup>1209</sup> BGer, Urteil v. 29.1.2004, 4P.163/2003, E. 2.3 (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Art. 40 aLPC/GE N 2 (12/1999); vgl. DONZALAZ, N 497.

<sup>1210</sup> Siehe vorn N 67.

<sup>1211</sup> BOHNET/MARTENET, N 3336 Fn. 318; COCCHI, S. 101, S. 104 f.; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 30.

<sup>1212</sup> BGer, Urteil v. 3.12.2012, 4A\_436/2012, E. 2.2; vgl. – ohne Kritik – AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Art. 33 LTF N 22.

<sup>1213</sup> Vgl. GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 11; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 29; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 6; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZK ZPO, Art. 52 N 28 f.; vgl. auch SUTTER-SOMM, Einzelarbeitsvertragsrecht,

Abzulehnen ist die abweichende Meinung, die wohl nicht nur die eventualvorsätzlich, sondern gar auch die (grob-)fahrlässig unzutreffende Erklärung über Tatsachen als treuwidrig erfasst sehen will: Nach GSCHWEND/BORNATICO etwa – und dem ihnen folgenden Kantonsgericht St. Gallen<sup>1214</sup> – handelt eine Partei «(...) mutwillig, wenn sie *in leichtfertiger Weise* unrichtige Tatsachen behauptet (...)»<sup>1215</sup>. Die Aussage geht letztlich auf einen Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 10. Juni 1914 zu § 90 aaZPO/ZH zurück.<sup>1216</sup> Und bei URWYLER heisst es ohne Begründung: «Mutwilligkeit liegt vor, wenn eine Partei Tatsachen wider besseres Wissen als wahr behauptet oder ihre Stellungnahme auf einen Sachverhalt abstützt, von dem sie bei der ihr *zumutbaren Sorgfalt* wissen müsste, dass er unrichtig ist.»<sup>1217</sup> In diesem Sinn äussert sich auch ABBET: «Sont notamment visées [par art. 128 al. 3 CPC] les parties qui (...) allèguent des faits qu'elles savent *ou doivent savoir* contraires à la vérité»<sup>1218</sup>, und: «On rappelle cependant que le fait d'alléguer des faits dont on connaît *ou doit connaître* la fausseté constitue un procédé de mauvaise foi pouvant justifier une amende disciplinaire au sens de l'art. 128 al. 3 CPC.»<sup>1219</sup> Geht man den Verweisungen bei ABBET nach, wird klar, dass die Aussage auf DONZALLAZ zurückgeht: «Agit par témérité *ou légèreté* la partie qui, en faisant preuve de l'attention et de la réflexion que l'on peut attendre d'elle, sait ou devait savoir que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions n'étaient pas conformes à la vérité (...)»<sup>1220</sup> Dieser wiederum stützt sich auf bundesgerichtliche Rechtsprechung. Jedoch ist anzumerken, dass die angeführte Rechtsprechung auf einem *allgemeinen prozessualen Grundsatz des Bundessozialversicherungsrechts* beruht, der heute

S. 139 («bewusst»), wörtlich zitiert bei D. JENNY, ZK ZPO, Art. 115 N 8; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 4 («Il faut la conscience d'agir sans droit [...]»), relativierend allerdings N 5 (Hervorhebung hinzugefügt): «(...) [L]e second [terme, la témérité] permet davantage de tenir compte d'un élément subjectif impliquant *une faute* ou un comportement déloyal de l'intéressé.» Siehe auch vorn N 284.

<sup>1214</sup> KGer SG, Entscheid v. 29.8.2014, BE.2014.27, E. 3c/cc.

<sup>1215</sup> GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 19 m.H.a. FRANK, § 50 aZPO/ZH N 17 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 115 N 1.

<sup>1216</sup> Vgl. OGer ZH, ZR 1915, S. 364. Die bei FRANK, § 50 aZPO/ZH N 17, darüber hinaus angeführten Entscheide – OGer ZH, SJZ 1941/42, S. 316 f.; BGE 100 II 307 – behandeln die (bewusst) aussichtslose Prozessführung.

<sup>1217</sup> URWYLER, DK ZPO, Art. 115 N 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1218</sup> ABBET, S. 224 (Hervorhebung hinzugefügt) u.a. m.H.a. DONZALLAZ, N 484.

<sup>1219</sup> ABBET, S. 230 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1220</sup> DONZALLAZ, N 484 (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a.: BGer, Urteil v. 4.9.2003, P 23/03; BGer, Urteil v. 14.7.2006, I 252/06; BGer, Urteil v. 30.11.2007, 9C\_573/2007.

in Art. 61 lit. a ATSG verankert ist:<sup>1221</sup> «(...) [E]iner Partei, die sich *mutwillig oder leichtsinnig* verhält, können (...) eine Spruchgebühr und die Verfahrenskosten auferlegt werden.»<sup>1222</sup> Daran scheint sich auch KOSLAR nicht zu stören, wenn er sich u.a. auf BGE 128 V 323 stützt,<sup>1223</sup> in dem ausgeführt wird: «Die bundesrechtliche Minimalanforderung der Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 73 Abs. 2 BVG steht unter dem Vorbehalt des *allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Verfahrensgrundsatzes*, dass die Partei nicht in *Mutwilligkeit oder Leichtsin*n verfallen ist (...).»<sup>1224</sup> Auch das Bundesgericht übernimmt die auf dem allgemeinen prozessualen Grundsatz des Bundessozialversicherungsrechts beruhende Rechtsprechung unkritisch in den Zivilprozess.<sup>1225</sup> Es erscheint indes verfehlt, diese Rechtsprechung einfach ohne weiteres in den Zivilprozess überführen zu wollen, zumal schon der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen voneinander abweicht. Auf letzteren Umstand weist auch STERCHI hin, der allerdings dennoch – ebenso wie BÜHLER<sup>1226</sup> und das diesem folgende Kantonsgericht Freiburg<sup>1227</sup> – davon ausgeht, dass für Mutwilligkeit im Zivilprozess grobfahrlässiges Handeln ausreicht.<sup>1228</sup>

---

<sup>1221</sup> Vgl. nur BGer, Urteil v. 4.9.2003, P 23/03, E. 3.

<sup>1222</sup> Art. 61 lit. a ATSG (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1223</sup> KOSLAR, SHK ZPO, Art. 115 N 4, N 7, m.H.a. BGE 112 V 333, BGE 124 V 285, BGE 128 V 323; vgl. OGer ZG, GVP ZG 2014, S. 288 ff., S. 288; JENT-SØRENSEN, KUKO ZPO, Art. 119 N 16; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 3 f.

<sup>1224</sup> BGE 128 V 323, E. 1a m.w.H.

<sup>1225</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 24.5.2012, 4A\_685/2011, E. 6.2 m.H.a. BGer, Urteil v. 27.3.2009, 8C\_903/2008, E. 4.1 u.a. m.H.a. BGE 128 V 323, E. 1b; BGer, Urteil v. 3.3.2015, 4A\_612/2014, E. 2.2 m.H.a. BGE 128 V 323, E. 1b; vgl. auch – hinsichtlich Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG («*böswillige oder mutwillige Prozessführung*») – BGer, Urteil v. 25.6.2013, 5A\_131/2013, E. 6.1; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG I, Art. 20a N 26; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 115 N 4; JENT-SØRENSEN, KUKO ZPO, Art. 119 N 16; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 3.

<sup>1226</sup> BÜHLER, BK ZPO I, Art. 119 N 148 (m.H.a. STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 2, sowie FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 22): «(...) Mutwilligkeit, bei welcher fahrlässiges prozessuales Fehlverhalten genügt (...)»; vgl. aber BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 49: «Dem qualifizierenden Adjektiv «mutwillig» kommt die Bedeutung von absichtlich oder vorsätzlich gemachten unwahren Aussagen zu.» Siehe auch hinten N 492.

<sup>1227</sup> KGer FR, Urteil v. 14.10.2014, 102 2014 95, E. 2b.

<sup>1228</sup> STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 2; vgl. auch JENT-SØRENSEN, KUKO ZPO, Art. 119 N 16.

## C. Sanktionen

Verhalten, das die objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt, widerspricht nicht nur dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz von Art. 52 ZPO,<sup>1229</sup> wonach *alle* am Verfahren beteiligten Personen – insbesondere die Parteien und ihre Vertreter – nach Treu und Glauben zu handeln haben, sie wird auch als eine Form der sog. *bös- oder mutwilligen Prozessführung* gesehen,<sup>1230</sup> wie sie in verschiedenen Artikeln der Schweizerischen Zivilprozessordnung Erwähnung findet.<sup>1231</sup> Entsprechend vielfältig fallen die Möglichkeiten zur zivilprozessualen Sanktionierung aus. Ob und, wenn ja, welche zivilprozessualen Sanktionen entsprechendes Verhalten nach sich zieht, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen.<sup>1232</sup> Den Parteien steht insoweit kein Antragsrecht zu, auch wenn ihnen unbenommen sein muss, auf ihre Ansicht hinzuweisen.<sup>1233</sup> Bei der Wahl und gegebenenfalls Bemessung der Sanktion besteht für das Gericht ein Ermessensspielraum, wobei es sich aber an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu halten hat.<sup>1234</sup>

### a) Unwirksamkeit

Die primäre Sanktion liegt in der zivilprozessualen Unwirksamkeit des entsprechenden Verhaltens.<sup>1235</sup> Das hat insbesondere im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) Konsequenzen. Trifft die Partei für die von ihr unzutreffend erklärte Tatsache die Behauptungs- bzw. Bestreitungslast, hat sie die Folgen der Unwirksamkeit der Erklärung zu tra-

<sup>1229</sup> Siehe vorn Fn. 112, insb. die Belege in Bezug auf Art. 52 ZPO.

<sup>1230</sup> Siehe vorn Fn. 112, insb. die Belege in Bezug auf Art. 128 ZPO.

<sup>1231</sup> Siehe vorn N 454.

<sup>1232</sup> Vgl. GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 3; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 1; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 75.

<sup>1233</sup> Vgl. GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 3; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 3.

<sup>1234</sup> Vgl. AFFENTRANGER, SHK ZPO, Art. 128 N 9; HALDY, in: Bohnet/Haldy/Jean-din/Schweizer/Tappy, Art. 128 CPC N 3, N 5; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 6; R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 128 N 11; vgl. auch – für das BGG – AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Art. 33 LTF N 10; DONZALLAZ, N 506; HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 15, N 24; VOCK, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Art. 33 BGG N 11.

<sup>1235</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 189; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 31; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZK ZPO, Art. 52 N 31; vgl. auch FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 24.

gen, was regelmässig mit dem Prozessverlust einhergeht.<sup>1236</sup> «(...) [D]amit erübrigt sich regelmässig eine darüber hinausgehende, spezifisch an der Verletzung von Treu und Glauben anknüpfende Sanktion (...)»<sup>1237</sup>

- 463 Dies setzt allerdings voraus, dass die Partei oder ihr Vertreter noch vor dem Entscheid ihres treuwidrigen Verhaltens überführt werden.<sup>1238</sup> Ansonsten bleibt nur die Möglichkeit der Durchsetzung im Rechtsmittelverfahren.<sup>1239</sup>

#### **b) Kostenerhebung und -auferlegung**

- 464 Im Zivilprozess werden in der Regel Gerichtskosten erhoben und eine Parteientschädigung festgesetzt, die zusammen die Prozesskosten bilden (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Diese werden grundsätzlich entsprechend dem Ausgang des Verfahrens verteilt (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Verliert die Partei, die oder deren Vertreter sich entsprechend den objektiven und subjektiven Voraussetzungen verhält, den Prozess, hat sie mithin die Prozesskosten zu tragen. Aber auch dann, wenn sie den Prozess nicht verliert, können bzw. müssen ihr oder dem Vertreter wegen Verhaltens, das die objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt, die Prozesskosten (teilweise) auferlegt werden (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f, Art. 108 ZPO).<sup>1240</sup>
- 465 In an sich unentgeltlichen Verfahren (Art. 113 f. ZPO) können bei bö- oder mutwilliger Prozessführung ausnahmsweise Gerichtskosten erhoben und

---

<sup>1236</sup> Vgl. OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 2, N 4 («meritorische Erfolglosigkeit treuwidrigen Handelns»), N 6; vgl. auch FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 24.

<sup>1237</sup> OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 2 m.H.a. BGE 123 III 220, E. 4d; vgl. OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 6.

<sup>1238</sup> Vgl. OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 6.

<sup>1239</sup> Vgl. HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 76 ff.

<sup>1240</sup> Vgl. ABBET, S. 239; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 28; GEHRI, BSK ZPO, Art. 52 N 15; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 108 N 3, Art. 115 N 7, N 10; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 108 N 1; STERCHI, BK ZPO I, Art. 108 N 4; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 108 CPC N 7 ff.

Zur Anwendung von Art. 108 ZPO gegenüber dem Vertreter im Besonderen vgl. BGer, Urteil v. 3.3.2015, 4A\_612/2014, E. 1.3; KGer BL, CAN 2013, S. 217 ff., S. 219 f.; OGer ZH, Urteil v. 18.10.2013, PC130027, E. 4b; ABBET, S. 225 f.; A. FISCHER, SHK ZPO, Art. 108 N 4; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 108 N 7; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 108 N 5; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 89; STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 8; abl. TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 108 CPC N 16; für das BGG HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 25.



einer Partei auferlegt werden (Art. 115 ZPO).<sup>1241</sup> Das gilt auch im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege, in dem sonst keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 119 Abs. 6 ZPO).<sup>1242</sup>

Auch hier wird wiederum vorausgesetzt, dass die Partei oder ihr Vertreter noch vor dem Entscheid ihres treuwidrigen Verhaltens überführt werden.<sup>1243</sup>

### c) Verweis

Der Verweis als zivilprozessuale Sanktion – eine formelle Rüge<sup>1244</sup> – ist einzig in Art. 128 Abs. 1 ZPO vorgesehen. Dennoch ist – in maiore minus – davon auszugehen, dass der Verweis auch bei bös- oder mutwilliger Prozessführung zur Verfügung steht, wenn in Art. 128 Abs. 3 ZPO die schärfere Sanktion der Ordnungsbusse vorgesehen ist.<sup>1245</sup>

<sup>1241</sup> Vgl. ABBET, S. 223; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 28; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 72; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 115 N 2; M. KAUFMANN, DK ZPO, Art. 128 N 24; KOSLAR, SHK ZPO, Art. 115 N 2; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4; RÜEGG, BSK ZPO, Art. 113 N 1, Art. 115 N 1; H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 115 N 1; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 9; STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 1, N 8; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 1; URWYLER, DK ZPO, Art. 115 N 5.

<sup>1242</sup> Vgl. KGer FR, Urteil v. 14.10.2014, 102 2014 95; ABBET, S. 223, S. 238; BÜHLER, BK ZPO I, Art. 119 N 141; EMMEL, ZK ZPO, Art. 119 N 15; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 28; HUBER, DK ZPO, Art. 119 N 27; D. JENNY, ZK ZPO, Art. 115 N 3; JENT-SØRENSEN, KUKO ZPO, Art. 119 N 16; KÖCHLI, SHK ZPO, Art. 119 N 11; RÜEGG, BSK ZPO, Art. 119 N 10; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 8. Kap. N 130; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 63; TAPPY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 115 CPC N 8, Art. 119 CPC N 26.

<sup>1243</sup> Siehe vorn N 463.

<sup>1244</sup> R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 128 N 7.

<sup>1245</sup> AFFENTRANGER, SHK ZPO, Art. 128 N 8; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 27; GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 22; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 6; unklar M. KAUFMANN, DK ZPO, Art. 128 N 2, N 17 f.; vgl. – für das BGG – AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Art. 33 LTF N 10; HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 21; VOCK, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Art. 33 BGG N 11; a.M. DONZALLAZ, N 505; vgl. auch Rekurskommission in Anwalts-sachen des Kantons Thurgau, Entscheid v. 23.4.2012, E. 5b, abgedruckt bei E. STAEHELIN, S. 402 ff., die – zumindest soweit ein Anwalt betroffen ist – auch die Verwarnung mit einschliesst.

- 468 Die Sanktionierung mit einem Verweis ist nur solange möglich, als die Disziplinalgewalt des Gerichts andauert, d.h. solange das Verfahren bei ihm hängig ist.<sup>1246</sup>

**d) Ordnungsbusse**

- 469 Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung kann nach Art. 128 Abs. 3 ZPO das Gericht die Parteien und ihre Vertretungen schliesslich mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Fr. und bei Wiederholung bis zu 5000 Fr. bestrafen.
- 470 Auch eine Ordnungsbusse kann nur solange verhängt werden, als das Gericht Disziplinalgewalt innehat, sprich solange das Verfahren bei ihm hängig ist.<sup>1247</sup>

**D. Zwischenfazit**

- 471 Hat eine Partei bzw. ihr Vertreter nachweislich im Behauptungsstadium eine Tatsache unzutreffend erklärt bei sicherem Wissen bezüglich der Unwahrheit der Erklärung, stehen dem befassen Gericht bis zum Endentscheid verschiedene Sanktionen zur Verfügung. Als schwerwiegendste Konsequenz dürfte sich dabei die zivilprozessuale Unwirksamkeit der betreffenden Erklärung erweisen. Trifft die Partei für die von ihr unzutreffend erklärte Tatsache die Behauptungs- bzw. Bestreitungslast, hat sie die Folgen der Unwirksamkeit der Erklärung zu tragen, was regelmässig mit dem Prozessverlust einhergeht. Eine darüber hinausgehende zivilprozessuale Sanktionierung dürfte sich damit regelmässig erübrigen.

**2. Beweisvereitelung**

- 472 Der zweite Sachverhalt, bei dem es zwar an einer strafrechtlichen Sanktionierung fehlen kann, weil die betreffenden Beweismittel strafrechtlich nicht oder nicht umfassend geschützt sind, an den aber wiederum verschiedene zivilprozessuale Sanktionen geknüpft werden, lässt sich als *Beweisvereitelung* umschreiben. BEGLINGER definiert sie «(...) als Verhalten des Gegners der beweisbelasteten Partei, das dazu führen kann, einen an sich möglichen

---

<sup>1246</sup> Vgl. – für das BGG – HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 4; VOCK, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Art. 33 BGG N 2.

<sup>1247</sup> Siehe vorn N 463.

Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen»<sup>1248</sup>. Erneut gilt es festzuhalten, welche objektiven und subjektiven Voraussetzungen das Verhalten erfüllen muss, damit die entsprechenden zivilprozessualen Sanktionen in Frage kommen.

Auch wenn unbestritten ist, dass Beweisvereitelung zu «Beweiserleichterungen» führen muss, ist das Institut der Beweisvereitelung im Einzelnen äußerst umstritten.<sup>1249</sup> Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann es im Folgenden nicht darum gehen, den Meinungsstand umfassend darzustellen und einer abschliessenden Klärung zuzuführen. Im Vordergrund steht, einen Überblick über die möglichen Sanktionen auf entsprechendes Verhalten zu geben.

## A. Objektive Voraussetzungen

«*Objektiv* setzt die Beweisvereitelung (...) ein Tun oder Unterlassen voraus, ohne welches die Klärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre.»<sup>1250</sup> Das Verhalten muss jedenfalls als (wesentliche) Erschwerung der Beweisführung erscheinen.<sup>1251</sup> Davon betroffen sein können sämtliche Beweismittel.<sup>1252</sup> Un-

<sup>1248</sup> BEGLINGER, S. 481; vgl. AFFOLTER, S. 121; BERGER-STEINER, N 07.12; T. FREY, S. 507; GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; H. SCHMID, S. 27 f.; H. SCHMID, KUKO ZPO, Vor Art. 150–193 N 9, Art. 157 N 11; TREZZINI, S. 167; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 318.

Eine Aufzählung von Formen der Beweisvereitelung findet sich bei BEGLINGER, S. 481; vgl. T. FREY, S. 507; vgl. auch BAUMGÄRTEL, S. 63 u.a. m.H.a. PETERS, S. 200 ff.

<sup>1249</sup> BEGLINGER, S. 481 f. Das gilt insb. für die Frage nach den *Folgen* der Beweisvereitelung, vgl. nur BERGER-STEINER, N 07.13 ff.; T. FREY, S. 509; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 320 f., N 604; vgl. auch – für das deutsche Recht – BAUMGÄRTEL, S. 71: «Die Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung sind ebenso hoffnungslos umstritten wie die Rechtsgrundlage und die tatbestandlichen Voraussetzungen»; THOLE, S. 334: «Resümierend scheint es, als fehle es dem Institut der Beweisvereitelung noch immer an festen Konturen»; vgl. aber auch Botschaft ZPO, S. 7287 (Hervorhebung hinzugefügt): «Bei Obstruktion der Gegenpartei kann *nach einschlägiger Praxis* sogar eine Umkehr der Beweislast angenommen werden.»

<sup>1250</sup> BAUMGÄRTEL, S. 68; vgl. BEGLINGER, S. 491; TREZZINI, S. 167.

<sup>1251</sup> Vgl. die einführend (siehe vorn N 472) zitierte Definition von BEGLINGER; BERGER-STEINER, N 07.12 m.w.H. (Hervorhebung teilweise hinzugefügt): «Unter einer Beweisvereitelung ist ein Tun oder Unterlassen des Gegners der mit dem Hauptbeweis belasteten Partei zu verstehen, welches dessen *Beweisführung derart erschwert, dass die*

erheblich ist, ob die Beweisnot vor oder während des Prozesses verursacht wird.<sup>1253</sup> Das Verhalten muss ausserdem gegen eine besondere Pflicht verstossen.<sup>1254</sup> Die besondere Pflicht kann entweder in den (zivilprozessualen) Mitwirkungspflichten der Parteien während des Beweisverfahrens (vgl. Art. 160 ff. ZPO) oder in materiell-rechtlichen (Verhaltens-, Auskunft-, Aufbewahrungs-, Informations- oder Befundsicherungs-)Pflichten liegen.<sup>1255</sup> «Im Einzelfall kann die Pflichtverletzung ausnahmsweise auch in einem Verstoß gegen Treu und Glauben liegen.»<sup>1256</sup>

---

*rechtsgenüßliche Klärung des Sachverhalts verunmöglicht wird*, obwohl diese grundsätzlich erreichbar gewesen wäre»; MARRO, KUKO ZGB, Art. 8 N 15 (Fettdruck unterdrückt, Hervorhebung hinzugefügt): «Eine Umkehr [der Beweislast] rechtfertigt sich hingegen bei Beweisvereitelung, d.h. bei rechtswidriger und schuldhafter *Erschwerung der Beweisführung* durch die Gegenpartei (...); vgl. aber auch PETERS, S. 217 («wesentliche Erschwerung der Beweisführung») – auf den in diesem Zusammenhang sowohl BAUMGÄRTEL, S. 69, als auch BEGLINGER, S. 491, verweisen –, der wohl nicht voraussetzt, dass der Beweis verunmöglicht wird; wie dieser GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 25 («Beweisführung erschwert *oder* gar verunmöglicht»); GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20 («Beweisführung erschwert *oder* gar verunmöglicht»); HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138 («Beweisführung erschwert *oder* vereitelt»); SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 67 («Beweislage erschwert *oder* Beweis vereitelt»).

<sup>1252</sup> BEGLINGER, S. 481; vgl. BAUMGÄRTEL, S. 63.

<sup>1253</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 23.11.2004, 4C.378/1999, E. 3.2 (= SZP 2005, S. 160 ff. m. Anm. TREZZINI); AFFOLTER, S. 132; BAUMGÄRTEL, S. 63, S. 68 f.; BEGLINGER, S. 481, S. 491; BERGER-STEINER, N 07.12; T. FREY, passim; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 25; GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; MEIER, Beweislastverteilung, S. 728; PIOTET, CR CC I, Art. 8 N 55; H. SCHMID, S. 27 f.; H. SCHMID, KUKO ZPO, Vor Art. 150–193 N 9, Art. 157 N 11; TREZZINI, S. 167; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 318.

<sup>1254</sup> BEGLINGER, S. 491; vgl. AFFOLTER, S. 122 ff.

<sup>1255</sup> BEGLINGER, S. 491 f.; vgl. AFFOLTER, S. 122 ff.; T. FREY, S. 507 ff.; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 25; GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; H. SCHMID, S. 28; H. SCHMID, KUKO ZPO, Vor Art. 150–193 N 9; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 318.

<sup>1256</sup> BEGLINGER, S. 492 m.H.a. AFFOLTER, S. 10 ff., S. 29 ff., S. 163.

## B. Subjektive Voraussetzungen

Das Verhalten muss «schuldhaft» sein.<sup>1257</sup> «In Betracht kommen Vorsatz und jeder Grad von Fahrlässigkeit.»<sup>1258</sup> 475

### a) *Vorsatz*

«Schuldhaft» ist die Verwirklichung der objektiven Voraussetzungen einmal, wenn die Partei *vorsätzlich* handelt, will heissen, wenn ihr Tun oder Unterlassen darauf gerichtet ist, einen an sich möglichen Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen,<sup>1259</sup> oder sie dies mit ihrem Tun oder Unterlassen jedenfalls in Kauf nimmt.<sup>1260</sup> 476

### b) *Fahrlässige Begehung*

Hat die Partei keinen Vorsatz, die Beweislage in einem (künftigen) Prozess nachteilig zu beeinflussen, kann ihr die Verwirklichung der objektiven Voraussetzungen als *fahrlässige Beweisvereitelung* dennoch zum Vorwurf reichen.<sup>1261</sup> Vor allem bei vorprozessualen Verhalten dürfte dieser Begehungsart grössere praktische Bedeutung zukommen, weil der Vorsatz schwer nachzuweisen ist.<sup>1262</sup> Neben der Verletzung einer besonderen Pflicht<sup>1263</sup> setzt 477

<sup>1257</sup> Vgl. T. FREY, S. 508; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 25; GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; MARRO, KUKO ZGB, Art. 8 N 15; H. SCHMID, S. 27 f.; H. SCHMID, KUKO ZPO, Vor Art. 150–193 N 9, Art. 157 N 11; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 67; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 318; vgl. auch AFFOLTER, S. 130; BAUMGÄRTEL, S. 70; BEGLINGER, S. 492; BERGER-STEINER, N 07.16; M. KAUFMANN, S. 1208; TREZZINI, S. 168 f.

<sup>1258</sup> BEGLINGER, S. 492; vgl. BAUMGÄRTEL, S. 70 f.; vgl. auch AFFOLTER, S. 133 f.; BERGER-STEINER, N 07.12, N 07.16 f.; T. FREY, S. 508; MEIER, Beweismass, S. 68 Fn. 20a; TREZZINI, S. 167 f.

<sup>1259</sup> Vgl. BEGLINGER, S. 481, S. 492; vgl. auch BAUMGÄRTEL, S. 70 m.w.H.: «Die schuldhaftes Nichterhaltung eines Beweismittels kann freilich nur dann als Beweisvereitelung gewertet werden, wenn sich das Verschulden nicht allein auf die Vernichtung des Beweisgegenstandes, sondern auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion bezieht.»

<sup>1260</sup> Vgl. BERGER-STEINER, N 07.16: «(eventual-)vorsätzliches Handeln».

<sup>1261</sup> Vgl. BAUMGÄRTEL, S. 70 f.

<sup>1262</sup> Vgl. BAUMGÄRTEL, S. 71; BEGLINGER, S. 493; vgl. auch BAUMGÄRTEL, S. 73.

<sup>1263</sup> Siehe vorn N 474. Vgl. BAUMGÄRTEL, S. 71; BEGLINGER, S. 493; vgl. auch TREZZINI, S. 167 f.

sie voraus, dass – unter Berücksichtigung aller Umstände<sup>1264</sup> – für die Partei (objektiv<sup>1265</sup>) erkennbar ist, dass sie durch ihr Verhalten die Beweislage in einem (künftigen) Prozess nachteilig beeinflussen könnte.<sup>1266</sup>

### C. Unwerturteil

- 478 Das pflichtwidrige und schuldhafte Verhalten der Partei muss schliesslich als *offenbar rechtsmissbräuchlich* i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 52 ZPO erscheinen.<sup>1267</sup> «Die Ausnutzung der durch das eigene Verhalten geschaffenen Beweisnot des Gegners verdient in der Regel ein solches Unwerturteil.»<sup>1268</sup>

### D. Sanktionen

- 479 Die mehrheitlich diskutierten Sanktionen der Beweisvereitelung knüpfen an der Beweiswürdigung, am Beweismass und/oder an der Beweislast an.<sup>1269</sup> In der Beweisvereitelung kann man (auch) eine bös- oder mutwillige Prozessführung sehen,<sup>1270</sup> womit die entsprechenden Sanktionen ebenfalls in Betracht zu ziehen wären.<sup>1271</sup>

---

<sup>1264</sup> BAUMGÄRTEL, S. 69; vgl. BGer, Urteil v. 30.10.2009, 4D\_48/2009, E. 2.5.4, wo aus dem Umstand, dass von einem Bremsversagen nie die Rede war, geschlossen wird, dass die Verschrottung des betreffenden Autowracks keine Beweisvereitelung darstellt; vgl. auch BGer, Urteil v. 2.11.2005, 5P.200/2005, E. 4.3.2 (Hervorhebung hinzugefügt): «(...) wer über die Bankkonten seiner betagten Eltern Verfügungsberechtigt ist, muss mit einer späteren Pflicht zur Offenlegung seiner Geldbezüge rechnen, *namentlich dann, wenn sich der länger lebende Elternteil zum Ende praktisch in geistiger Umnachtung befunden haben soll*, wie das der Beschwerdeführer von seiner Mutter behauptet.»

<sup>1265</sup> LEU, DK ZPO, Art. 157 N 77.

<sup>1266</sup> Vgl. BAUMGÄRTEL, S. 69, S. 71; BEGLINGER, S. 493; vgl. auch BGer, Urteil v. 2.11.2005, 5P.200/2005, E. 4.3.2; BERGER-STEINER, N 07.12; T. FREY, S. 508; TREZZINI, S. 167 f.

<sup>1267</sup> Vgl. BEGLINGER, S. 493; vgl. auch – zu dem auch aus Art. 52 ZPO fliessenden Rechtsmissbrauchsverbot – GEHRI, BSK ZPO, Art. 52 N 3; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 26 ff.; HURNI, BK ZPO I, Art. 52 N 9 ff.; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, ZK ZPO, Art. 52 N 20 ff.

<sup>1268</sup> BAUMGÄRTEL, S. 71; vgl. BEGLINGER, S. 493.

<sup>1269</sup> Vgl. nur BERGER-STEINER, N 07.13; T. FREY, S. 509; LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; vgl. auch BEGLINGER, S. 478, S. 480, S. 482 ff., S. 493 f., der bereits bei der Last substantiierten Bestreitens ansetzt, die «(...) allerdings nicht die Beweisvereitelung als solche, sondern das mangelhafte Prozessieren der fehlbaren Partei «sanktioniert» (a.a.O., S. 483).

<sup>1270</sup> FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 22.

<sup>1271</sup> Siehe vorn N 465, N 467, N 469.

Angesichts der Anknüpfungspunkte steht schon vorab fest, dass eine entsprechende Sanktionierung auch hier nur solange in Betracht kommt, als die Sache noch nicht entschieden ist.<sup>1272</sup> 480

#### a) *Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung*

Die Berücksichtigung der Beweisvereitelung bei der Beweiswürdigung sieht die Schweizerische Zivilprozessordnung mit Art. 164 ZPO für eine Form der Beweisvereitelung – die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung einer Partei bei der Beweiserhebung – ausdrücklich vor.<sup>1273</sup> Denkbar ist, auch die übrigen Formen der Beweisvereitelung (allein) mit der Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung zu sanktionieren.<sup>1274</sup> 481

Bei diesem Ansatz stellt die Beweisvereitelung ein Indiz im Rahmen der freien Beweiswürdigung für das Bestehen der Tatsache dar, die das von der Beweisvereitelung betroffene Beweismittel hätte beweisen sollen.<sup>1275</sup> Freilich dürfte das Indiz *de facto* regelmässig derart stark gewichtet werden, dass bei Beweisvereitelung das positive Beweisergebnis gleichsam (widerlegbar) vermutet wird.<sup>1276</sup> 482

#### b) *Reduktion des Beweismasses*

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Sanktionierung der Beweisvereitelung bildet das Beweismass. Der Vorschlag BAUMGÄRTELS, das Beweismass im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach dem Grad des Verschuldens der beweisvereitelnden Partei abgestuft zu reduzieren (und nur in typisierten 483

<sup>1272</sup> Siehe vorn N 463.

<sup>1273</sup> T. FREY, S. 510. Nach diesem sind damit die Rechtsfolgen in diesem Bereich – nach extensiver Auslegung für sämtliches beweisvereitelndes Verhalten während des laufenden Prozesses (vgl. a.a.O., S. 507 f.) – abschliessend bestimmt.

<sup>1274</sup> Vgl. so wohl LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.22; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 318 ff.; vgl. auch T. FREY, S. 509 f., S. 512 und die dortigen Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

<sup>1275</sup> Vgl. T. FREY, S. 510; vgl. auch BEGLINGER, S. 478, S. 483 ff.; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 160 N 17; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 320.

<sup>1276</sup> Vgl. T. FREY, S. 510; HIGI, DK ZPO, Art. 164 N 8; M. KAUFMANN, S. 1208; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 92 (vgl. aber auch a.a.O., 10. Kap. N 67 [Umkehr der Beweislast], 10. Kap. N 93 [Tatsache gilt als bewiesen]); A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 82 (vgl. aber auch a.a.O., § 18 N 34 [«Fiktion»]).

Ausnahmefällen die Beweislast umzukehren),<sup>1277</sup> findet – überwiegend noch vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung – prinzipiell Anerkennung sowohl im schweizerischen Schrifttum<sup>1278</sup> als auch beim Bundesgericht<sup>1279</sup>.

- 484 Nach dem Bundesgericht kann das (Regel-)Beweismass «*erheblich*» herabgesetzt werden.<sup>1280</sup> Zum Umfang der Beweismassreduktion konkreter äussert sich BAUMGÄRTEL: «Bei einer vorsätzlichen Beweisvereitelung, die freilich selten zu beweisen sein wird, spricht in der Regel ein Indiz für die Wahrheit der Behauptung des Prozeßgegners. In den Fällen der Fahrlässigkeit wird man bei einer leicht fahrlässigen Beweisvereitelung das Beweismaß nicht in der gleichen Weise herabsetzen können wie bei einer grobfahrlässigen Verhaltensweise. Während bei jener in der Regel eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» gefordert werden sollte, wird man sich bei dieser mit einer «geringen Wahrscheinlichkeit» begnügen können.»<sup>1281</sup>

### *c) Umkehr der Beweislast*

- 485 Anknüpfungspunkt für die Sanktionierung der Beweisvereitelung bildet schliesslich die Beweislast. Deren Umkehr als Reaktion auf beweisvereiteln-

---

<sup>1277</sup> BAUMGÄRTEL, S. 73 f.

<sup>1278</sup> Vgl. BERGER-STEINER, N 07.16 f.; vgl. auch T. FREY, S. 511 f.; MEIER, Beweismass, S. 68 Fn. 20a, S. 73 f. m.w.H.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 284; TREZZINI, S. 168 f.; abl. LEU, DK ZPO, Art. 157 N 76; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 604.

<sup>1279</sup> Vgl. BGer, Urteil v. 23.11.2004, 4C.378/1999, E. 3.2 (= SZPP 2005, S. 160 ff. m. Anm. TREZZINI) u.a. m.H.a. unveröffentlichten BGer, Urteil v. 13.3.1992, 2A.103/1991, E. 5c; vgl. auch BGer, Urteil v. 26.7.1994, 4C.379/1993, E. 1a (abgedruckt bei JÄGER/SCHWEITER, S. 217 ff.) m.H.a. unveröffentlichten BGer, Urteil v. 13.3.1992, 2A.103/1991, E. 5c; BGer, Urteil v. 9.7.2010, 4A\_48/2010, E. 7.5.1 f.; vgl. ferner BGer, Urteil v. 28.8.2003, 4C.146/2003, E. 4 f.; vgl. aber auch BGer, Urteil v. 5.3.2014, 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013, E. 6.6.4, wo in Bezug zu vorgenannten Entscheiden die Rede ist von Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung.

<sup>1280</sup> BGer, Urteil v. 23.11.2004, 4C.378/1999, E. 3.2 (= SZPP 2005, S. 160 ff. m. Anm. TREZZINI); vgl. bereits BGer, Urteil v. 26.7.1994, 4C.379/1993, E. 1a (abgedruckt bei JÄGER/SCHWEITER, S. 217 ff.) m.H.a. unveröffentlichten BGer, Urteil v. 13.3.1992, 2A.103/1991, E. 5c; vgl. auch BGer, Urteil v. 9.7.2010, 4A\_48/2010, E. 7.5.2. Krit. in Bezug auf die Unbestimmtheit des Umfangs der Beweismassreduktion BERGER-STEINER, N 07.14; T. FREY, S. 511 f.; TREZZINI, S. 168 f.

<sup>1281</sup> BAUMGÄRTEL, S. 73; vgl. BERGER-STEINER, N 07.16; TREZZINI, S. 168 f.; vgl. auch T. FREY, S. 511 f.



des Verhalten ist die schärfste der hier diskutierten Sanktionen,<sup>1282</sup> weil sie «(...) in der Regel zum Prozeßverlust desjenigen führt, der für die Beweisvereitelung verantwortlich ist (...)»<sup>1283</sup>.

Nach der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung kann bei Obstruktion der Gegenpartei «(...) nach einhelliger Praxis sogar eine Umkehr der Beweislast angenommen werden»<sup>1284</sup>. Die Meinungen zur Umkehr der Beweislast als Reaktion auf beweisvereitelndes Verhalten sind allerdings durchaus geteilt, ohne dass eine klare Mehrheit ersichtlich wäre.<sup>1285</sup> 486

Das Bundesgericht spricht sich in öffentlich-rechtlichen Verfahren regelmässig dafür aus, die Beweislast ausnahmsweise dann umzukehren «(...) wenn eine Partei einen Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, welche nicht von ihr, sondern von der Behörde zu verantworten sind (...)»<sup>1286</sup>. Es schliesst die Umkehr der Beweislast aber auch in Zivilverfahren nicht aus, wenn es erwägt, es erschiene «(...) ebenso wenig [wie die Berücksichtigung bei der 487

<sup>1282</sup> Vgl. BERGER-STEINER, N 07.16; T. FREY, S. 510; vgl. auch BAUMGÄRTEL, S. 74 («äußerste Reaktion»); M. KAUFMANN, S. 1208 («Extremfall»); LEU, DK ZPO, Art. 154 N 136 («ultima ratio»); H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 157 N 12 («schwerste Konsequenz»).

<sup>1283</sup> BAUMGÄRTEL, S. 73 f.

<sup>1284</sup> Botschaft ZPO, S. 7287; vgl. LEU, DK ZPO, Art. 154 N 136.

<sup>1285</sup> Vgl. abl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.22; MEIER, Beweislastverteilung, S. 728; MEIER, Beweismass, S. 68 Fn. 20a; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 284; PIOTET, CR CC I, Art. 8 N 55; WALTER, BK ZGB 2012, Art. 8 N 321, N 604; befürwortend BEGLINGER, S. 493; GÖKSU, DK ZPO, Art. 52 N 25; GÖKSU, HK ZGB, Art. 8 N 20; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, in: Hofer/Hrubesch-Millauer, N 08.138; MARRO, KUKO ZGB, Art. 8 N 15; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. N 67 (vgl. aber auch a.a.O., 10. Kap. N 92 [tatsächliche Vermutung], 10. Kap. N 93 [Tatsache gilt als bewiesen]); differenzierend BAUMGÄRTEL, S. 73 f.: Beweislastumkehr nur in typisierten Ausnahmefällen; BERGER-STEINER, N 07.16: Beweislastumkehr nur bei (eventual-)vorsätzlicher Beweisvereitelung; T. FREY, S. 510, S. 512: Beweislastumkehr nur in Extremfällen bzw. nur wenn dem Beweisgegner in Bezug auf die Beweisvereitelung (eventual-)vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden kann bzw. regelmässig nur bei (eventual-)vorsätzlicher Vernichtung von Beweismitteln durch den Beweisgegner [vor dem Prozess]; unklar LEU, DK ZPO, Art. 154 N 135 f.: Beweislastumkehr nur bei qualifizierter Beweisvereitelung, ultima ratio; LEU, DK ZPO, Art. 157 N 76 ff.: Beweislastumkehr nur bei erwiesener Beweisvereitelung; offen LARDELLI, BSK ZGB I, Art. 8 N 81; H. SCHMID, S. 28; H. SCHMID, KUKO ZPO, Vor Art. 150–193 N 9: «Solches Verhalten [Beweisvereitelung] kann zu einer *Umkehr der Beweislast* führen oder ist jedenfalls im Rahmen der *Beweiswürdigung* in Rechnung zu stellen.»

<sup>1286</sup> BGE 138 V 218, E. 8.1.1 m.w.H.; vgl. T. FREY, S. 510 f.

Beweiswürdigung] als willkürlich, renitentes Verhalten [in casu Editionsverweigerung eines Miterben] allenfalls im Sinne einer Umkehr der Beweislast zu berücksichtigen (z.B. im Falle verweigerter Rechnungslegung [...])»<sup>1287</sup>. Oder wenn es aus dem Umstand, dass der in einem Haftpflichtfall beklagten Partei keine Beweisvereitelung vorgeworfen werden kann, schliesst, «(...) dass auch keine Rechtfertigung für eine Beweislastumkehr zu ihren Lasten besteht»<sup>1288</sup>. «Sodann bejaht das Bundesgericht eine Umkehr der Beweislast vereinzelt in arbeitsrechtlichen Entscheiden, sofern «eine ausdrücklich und im Einzelnen geregelte Dokumentationspflicht in einem Gesamtarbeitsvertrag» besteht, die verletzt wurde.»<sup>1289</sup>

### **E. Zwischenfazit**

- 488 Klar ist, dass Beweisvereitelung zivilprozessual mit Beweiserleichterungen sanktioniert werden kann, sei es nun über deren Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung, eine Beweismassreduktion und/oder eine Umkehr der Beweislast. Im Ergebnis dürften sich die Beweiserleichterungen kaum unterscheiden und dazu führen, dass die beweisvereitelnde Partei den Prozess regelmässig verliert. Eine darüber hinausgehende zivilprozessuale Sanktionierung dürfte sich damit auch hier erübrigen.

## **3. Falschaussage bei der Parteibefragung (Art. 191 Abs. 2 ZPO)**

- 489 Als dritter Sachverhalt, bei dem es zwar an einer strafrechtlichen Sanktionierung fehlt, aber eine zivilprozessuale Sanktion vorgesehen ist, ist die Falschaussage bei der Parteibefragung darzustellen. Die Strafbarkeit der falschen Beweisaussage der Partei nach Art. 306 Abs. 1 StGB wurde bereits eingehend behandelt.<sup>1290</sup> Sie bedingt u.a., dass die Partei auf die Straffolgen nach Art. 306 StGB hingewiesen wird. Es wurde auch bereits festgehalten, dass es an der objektiven Strafbarkeitsbedingung immer dann fehlen wird, wenn die Falschaussage nicht im Rahmen einer Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO gemacht wird, sondern im Rahmen einer Parteibefragung i.S.v.

---

<sup>1287</sup> BGer, Urteil v. 11.2.2005, 5P.347/2004, E. 6.3 m.H.a. BGE 123 III 140, E. 2c; abl. T. FREY, S. 511.

<sup>1288</sup> BGer, Urteil v. 8.7.2004, 5C.39/2004, E. 5.1, nicht publiziert in BGE 130 III 571.

<sup>1289</sup> T. FREY, S. 511 m.H.a. BGer, Urteil v. 26.3.2007, 4C.307/2006, E. 3.1.

<sup>1290</sup> Siehe vorn N 408 ff.

Art. 191 ZPO, bei der die Partei nicht auf die Straffolgen nach Art. 306 StGB hingewiesen wird. Eine Falschaussage bei der Parteibefragung ist also nicht nach Art. 306 StGB strafbar. Sie ist jedoch zivilprozessual sanktioniert: Nach Art. 191 Abs. 2 ZPO *können* die Parteien mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Fr. und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Fr. bestraft werden, wenn sie mutwillig leugnen.

### A. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand entspricht grundsätzlich jenem von Art. 306 StGB, 490 weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.<sup>1291</sup> Das sollte – zumindest im Rahmen der Opportunität, die bezüglich der Disziplinierung gilt<sup>1292</sup> – auch für das Merkmal «zur Sache» gelten, auch wenn es im Wortlaut von Art. 191 Abs. 2 ZPO keine Erwähnung findet.<sup>1293</sup>

### B. Subjektiver Tatbestand

Eine Sanktionierung nach Art. 191 Abs. 2 ZPO setzt *mutwilliges Leugnen* – 491 bzw. «un mensonge délibéré», «una dichiarazione deliberatamente mendace» – voraus. Damit scheint fraglich, ob auch der subjektive Tatbestand als jenem von Art. 306 StGB entsprechend bezeichnet werden kann, der sowohl die vorsätzliche als auch die eventualvorsätzliche Tat erfasst.<sup>1294</sup>

Der Blick in das Schrifttum ist wenig erhellend: H.A. MÜLLER wirft dem 492 Gesetzgeber vor, mit dem Begriff des mutwilligen Leugnens bediene sich dieser «(...) eine[r] überholte[n] und kaum mehr verständliche[n] Rechtsprache»<sup>1295</sup> – die Formulierung des Gesetzgebers dürfte dem Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Bern vom 7. Juli 1918 entlehnt sein.<sup>1296</sup> Unter mutwilligem Leugnen sei nichts anderes zu verstehen als lügen oder *wissentlich* die Unwahrheit sagen.<sup>1297</sup> Ebenso dürfte SCHWEIZER zu

<sup>1291</sup> Siehe vorn N 409 ff.

<sup>1292</sup> Vgl. BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 82; H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 43; WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 15.

<sup>1293</sup> Vgl. BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 83; vgl. auch WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 15.

<sup>1294</sup> Siehe vorn N 420.

<sup>1295</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 41 (Hervorhebung unterdrückt).

<sup>1296</sup> Vgl. H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 42; vgl. auch BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 48.

<sup>1297</sup> H.A. MÜLLER, DK ZPO, Art. 191 N 41 f.

verstehen sein, der sich der Sache aber offensichtlich nicht ganz sicher ist: «Il s'agit probablement d'une affirmation dont il aura été possible de prouver non seulement la fausseté, mais aussi que le déclarant était *conscient de son inexactitude*.»<sup>1298</sup> Nach WEIBEL/S. NAEGELI «(...) verlangt das Gesetz als qualifizierendes Moment, dass die aussagende Person mutwillig gelogen, nämlich durch *vorsätzlich* falsche Darstellung der Fakten die Wahrheitsfindung erschwert haben muss (...)»<sup>1299</sup>. In diesem Sinn äussern sich auch MEIER und H. SCHMID, nach welchem mutwillig nicht i.S.v. krass zu verstehen sei, sondern i.S.v. *vorsätzlich*.<sup>1300</sup> BÜHLER misst dem Adjektiv bzw. Adverb «mutwillig» insofern qualifizierende Bedeutung bei, als es zwar *eventualvorsätzliche* Inkaufnahme unwahrer Aussagen miteinschliesse, nicht aber fahrlässiges prozessuales Fehlverhalten.<sup>1301</sup> Sich auf BÜHLER und H.A. MÜLLER beziehend führt HAFNER wiederum aus: «Mutwillig leugnet, wer *wissentlich* die Unwahrheit sagt (...)»<sup>1302</sup>

- 493 Abgesehen vom Wortlaut, d.h. der Verwendung des Adverbs «mutwillig» anstelle von «vorsätzlich» in Art. 191 Abs. 2 ZPO,<sup>1303</sup> sprechen auch die Bemerkungen in der Botschaft zum Gesetz für einen gegenüber Art. 306 StGB eingeschränkten subjektiven Tatbestand von Art. 191 Abs. 2 ZPO: Demnach sollen wahrheitswidrige Aussagen bei der Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO – im Gegensatz zu solchen bei der Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO, bei der (schlichtes) Leugnen als Verbrechen verfolgt werde – «(...) *nur* disziplinarisch geahndet [werden], *und auch dies nur*, wenn der Partei mutwilliges Leugnen zur Last gelegt werden kann»<sup>1304</sup>. Damit wollte der Gesetzgeber wohl die eventualvorsätzliche Falschaussage

<sup>1298</sup> SCHWEIZER, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 191 CPC N 14 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1299</sup> WEIBEL/S. NAEGELI, ZK ZPO, Art. 191–192 N 15 (Fettdruck unterdrückt, Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1300</sup> H. SCHMID, KUKO ZPO, Art. 160 N 5, Art. 191–193 N 5; vgl. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 317 f.

<sup>1301</sup> BÜHLER, BK ZPO II, Art. 191/192 N 49; vgl. aber BÜHLER, BK ZPO I, Art. 119 N 148 (m.H.a. STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 2, sowie FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 22): «(...) Mutwilligkeit, bei welcher fahrlässiges prozessuales Fehlverhalten genügt (...)» Siehe auch vorn N 460.

<sup>1302</sup> HAFNER, BSK ZPO, Art. 191 N 15 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>1303</sup> Vgl. auch im französischen Wortlaut «mensonge délibéré», und nicht «mensonge intentionnel»; im italienischen Wortlaut «dichiarazione deliberatamente mendace», und nicht «dichiarazione intenzionalmente mendace».

<sup>1304</sup> Botschaft ZPO, S. 7326 (Hervorhebungen hinzugefügt).

nicht sanktioniert wissen. Dieser vermuteten Intention wird die von M.H. MÜLLER und HAFNER formulierte Umschreibung am gerechtesten: Nur wer in der Parteibefragung eine *wissentlich* unzutreffende Erklärung abgibt, kann nach Art. 191 Abs. 2 StGB mit einer Ordnungsbusse belegt werden. Das setzt sicheres Wissen bezüglich der Unwahrheit der Erklärung voraus.<sup>1305</sup> Nicht tatbestandsmässig sind damit insbesondere Mutmassungen, bei denen die Partei die Möglichkeit der Unwahrheit der Erklärung erkennt, ohne aber über sicheres Wissen zu verfügen.<sup>1306</sup>

### C. Sanktion: Ordnungsbusse

Als Sanktion sieht Art. 191 Abs. 2 ZPO eine Ordnungsbusse bis zu 2000 Fr. 494 und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Fr. vor.

Auch hier gilt, dass die Sanktion nur solange verhängt werden kann, als die 495 Sache noch nicht entschieden ist.<sup>1307</sup>

## 4. Zwischenfazit

Die Betrachtung der drei ausgewählten Sachverhalte zeigt, dass der Partei 496 mit Blick auf das untersuchte Verhalten, wenn auch in bestimmten Konstellationen keine strafrechtlichen, so doch regelmässig zivilprozessuale Sanktionen drohen dürften – vorausgesetzt, sie wird überführt, bevor die Sache entschieden ist.<sup>1308</sup>

Dabei stehen die das untersuchte Verhalten der Partei oder ihres Vertreters 497 *neutralisierenden* zivilprozessualen Sanktionen im Vordergrund: Eine bewusst unwahre Tatsachenbehauptung oder eine Bestreitung wissentlich wahrer Tatsachenbehauptungen kann als unbeachtlich taxiert werden, was – im vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Prozess – zufolge Behauptungs-

<sup>1305</sup> Siehe vorn N 459.

<sup>1306</sup> Siehe vorn N 459.

<sup>1307</sup> Siehe vorn N 463.

<sup>1308</sup> Letzteres impliziert im Übrigen, dass es sich ausschliesslich um Fälle versuchter Täuschung des Gerichts handeln kann. Insoweit kann der Aussage von G. NAEGELI, S. 296, dass «(...) die versuchte Täuschung des Gerichtes *keine zivilprozessualen Folgen* [hat]», in dem Sinn, dass «(...) [d]er Prozess (...) nicht verloren [geht], weil die Partei und/oder ihr Anwalt gelogen haben, sondern weil – allenfalls – der Anspruch aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht besteht», nicht vorbehaltlos zugestimmt werden.

bzw. Bestreitungslast regelmässig zum Prozessverlust führt. Und ein Verhalten, das der beweisbelasteten Gegenpartei die Beweisführung erschwert, kann mit Beweiserleichterungen kompensiert werden.

## II. Aufsichtsrechtliche Sanktionierung

- 498 Es liegt in der Natur der Sache, dass Anwälte als berufsmässige<sup>1309</sup> Vertreter – die als solche im Anwaltsregister eingetragen zu sein haben (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BGFA) – in das untersuchte Verhalten der Partei involviert sein können. Für sie gilt das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, kurz Anwaltsgesetz (Art. 2 Abs. 1 BGFA).<sup>1310</sup> Eine Verletzung des Gesetzes, insbesondere der Berufsregeln, kann eine aufsichtsrechtliche Sanktionierung gemäss Art. 17 BGFA nach sich ziehen.
- 499 Im Folgenden ist deshalb der Frage nachzugehen, inwiefern ein Anwalt, der am untersuchten Verhalten der Partei beteiligt ist, gegen die Berufsregeln verstossen könnte.<sup>1311</sup> Ganz im Vordergrund steht die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, wonach Anwälte ihren Beruf *sorgfältig und gewissenhaft* auszuüben haben. Es versteht sich von selbst, dass es sich dabei um eine Generalklausel handelt, die der Konkretisierung bedarf, zumal ein Verstoss zu einschneidenden Disziplinar massnahmen nach Art. 17 BGFA führen kann.<sup>1312</sup> Der «Sanktionsrahmen» reicht von einer Verwarnung (Art. 17 Abs. 1 lit. a BGFA) bis hin zu einem dauernden Berufsausübungsverbot mit Busse bis zu 20 000 Fr. (Art. 17 Abs. 1 lit. c und lit. e i.V.m. Abs. 2 BGFA).

---

<sup>1309</sup> Zur Berufsmässigkeit vgl. BGE 140 III 555, E. 2.3.

<sup>1310</sup> Zum persönlichen Geltungsbereich des Anwaltsgesetzes vgl. eingehend FELLMANN, N 67 ff., N 172; NATER, ZK BGFA, Art. 2 N 1 ff.; SCHILLER, N 285 ff.; vgl. auch BOHNEN/MARTENET, N 1112 f.; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 13.

<sup>1311</sup> Vgl. G. NAEGELI, S. 292 ff.

<sup>1312</sup> Vgl. FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 11; FELLMANN, N 178; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 556 f.; SCHILLER, N 1455.

## 1. Interessenwahrung mit rechtlich unzulässigen Mitteln

«Die berufsrechtlich gebotene Gewissenhaftigkeit schränkt den Anwalt (...) 500 in der Wahl der Mittel ein, indem sie ihm gebietet, die Wahrung der Interessen des Klienten *ausschliesslich mit rechtlich zulässigen Mitteln* zu betreiben (...).»<sup>1313</sup> Ein Verstoss gegen eine Norm der Rechtsordnung – die folgende Darstellung beschränkt sich auf strafrechts- und zivilprozessrechtswidriges Verhalten<sup>1314</sup> – allein reicht allerdings noch nicht, um eine aufsichtsrechtlichen Sanktion zu begründen. Die Normwidrigkeit muss qualifiziert sein, d.h. «(...) objektiv eine solche Schwere (...) [erreichen], dass – über die bestehenden Rechtsbehelfe aus Auftragsrecht wegen unsorgfältiger Mandatsführung hinaus – eine zusätzliche Sanktion im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig erscheint (...). Disziplinarisch zu ahnden ist deshalb nur grobes, schuldhaftes (d.h. vorsätzliches oder fahrlässiges) Fehlverhalten (...).»<sup>1315</sup>

### A. Strafrechtswidriges Verhalten

Aufsichtsrechtlich relevant verhält sich ein Anwalt einmal immer dann, 501 wenn er in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit eine Straftat begeht, sei es als Täter oder Teilnehmer.<sup>1316</sup> Darin liegt nach SCHILLER regelmässig eine qualifizierte Normwidrigkeit, die aufsichtsrechtlich zu sanktionieren ist –

<sup>1313</sup> FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 37a m.w.H. (Hervorhebung kursiv statt fett); vgl. BGer, Urteil v. 22.5.2008, 2C\_344/2007, E. 2; Aufsichtskommission ZH, ZR 2007, S. 161 ff., S. 161 f.; Aufsichtskommission ZH, ZR 2007, S. 170 f.; Aufsichtskommission ZH, ZR 2009, S. 155 ff., S. 158; BOHNET/MARTENET, N 1234; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 16, N 36 f.; FELLMANN, N 185, N 220 ff.; SALUZ, S. 482; SCHILLER, N 1460; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 11, N 35 ff.; vgl. auch Aufsichtskommission UR, RBRP UR 2004/05, S. 120 ff., S. 121; LOEFFEL, N 12.

<sup>1314</sup> Vgl. – unter Einbezug vertragsrechtlicher Normen, absoluter Rechte und des Grundsatzes von Treu und Glauben – SCHILLER, N 1477 ff., N 1515 ff.

<sup>1315</sup> BGer, Urteil v. 7.12.2009, 2C\_379/2009, E. 3.2 m.w.H.; vgl. BGer, Urteil v. 25.8.2011, 2C\_452/2011, E. 5.1; BGer, Urteil v. 28.2.2012, 2C\_878/2011, E. 5.1; Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte LU, LGVE 2012, S. 111 ff., S. 112; A. BAUER/PH. BAUER, CR LLCA, Art. 17 N 11, N 18, N 24 f.; BOHNET/MARTENET, N 1154; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 2, N 13, N 15; FELLMANN, N 166, N 181, N 183; POLEDNA, ZK BGFA, Art. 17 N 18; SCHILLER, N 1473; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 24; vgl. auch BERNHART, S. 50.

<sup>1316</sup> Vgl. SCHILLER, N 1479 ff.; vgl. auch SALUZ, S. 482 f.

jedenfalls dann, wenn es sich um ein *Verbrechen* handelt.<sup>1317</sup> Bei *Übertretungen* und leichten *Vergehen* mit geringfügigem Verschulden kann es im Einzelfall ausnahmsweise an der erforderlichen Schwere der Normwidrigkeit fehlen, um eine aufsichtsrechtliche Sanktionierung zu begründen.<sup>1318</sup>

- 502 Im Schrifttum werden als Beispiele insbesondere die (versuchte) Anstiftung zu falschem Zeugnis, zu falschem Gutachten oder zu falscher Übersetzung sowie die Anstiftung zu falscher Parteiaussage erwähnt.<sup>1319</sup>

## B. Zivilprozessrechtswidriges Verhalten

- 503 Aufsichtsrechtlich relevant ist weiter (zivil-)prozessrechtswidriges Verhalten des Anwalts.<sup>1320</sup> Es ist jedoch in jedem Fall zu prüfen, ob «(...) die verletzte Norm ein bestimmtes Verhalten von diesem persönlich verlangt (...)»<sup>1321</sup> und die Normwidrigkeit die erforderliche Schwere erreicht, um eine aufsichtsrechtliche Sanktionierung zu begründen.<sup>1322</sup>
- 504 Bei der *Falschaussage bei der Parteibefragung*<sup>1323</sup> ist bereits erstere Frage zu verneinen, so dass eine aufsichtsrechtliche Sanktion nicht in Betracht zu ziehen ist. Die *bewusst unwahre Tatsachenbehauptung und Bestreitung wesentlich wahrer Tatsachenbehauptungen*<sup>1324</sup> des Anwalts sind demgegenüber nach hier vertretener Meinung regelmässig als aufsichtsrechtlich zu sanktionierendes Verhalten anzusehen,<sup>1325</sup> ebenso die *Beweisvereitelung*.<sup>1326</sup>

---

<sup>1317</sup> SCHILLER, N 1480.

<sup>1318</sup> Vgl. SCHILLER, N 1481.

<sup>1319</sup> Vgl. SCHILLER, N 1540, N 1545.

<sup>1320</sup> Vgl. SCHILLER, N 1483; vgl. auch FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 38b; FELLMANN, N 226.

<sup>1321</sup> SCHILLER, N 1489; vgl. SCHILLER, N 1515.

<sup>1322</sup> Vgl. SCHILLER, N 1483, N 1517.

<sup>1323</sup> Siehe vorn N 489 ff.

<sup>1324</sup> Siehe vorn N 455 ff.

<sup>1325</sup> Vgl. a.M. – mindestens soweit es die Bestreitung wesentlich wahrer Tatsachenbehauptungen betrifft – SCHILLER, N 1527 f.; nur soweit es die Bestreitung wesentlich wahrer Tatsachenbehauptungen betrifft G. NAEGELI, S. 293 ff.; so wohl auch FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 37a; FELLMANN, N 222; BOHNET/MARTENET, N 1235, N 3335 ff., insb. N 3337; P. HAFTER, N 3196 ff.

BOHNET/MARTENET, N 3329, weisen darauf hin, dass in der parlamentarischen Beratung des BGFA, AB 1999 S, S. 1170, der Vorschlag, dass die Anwälte ihren Beruf nicht nur sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben, sondern auch «*redlich*» bzw. «*avec loyauté*», verworfen wurde mit folgendem – nicht überzeugendem – Argumentarium:



## 2. Eigenständige Tatbestände der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA

Im «(...) Interesse am geordneten Gang der Rechtspflege, am korrekten Funktionieren des Rechtsstaats und am Vertrauen in die Anwaltschaft (...)»<sup>1327</sup> sowie als «(...) Korrelat zu den Befugnissen, welche die Rechtsordnung dem Anwalt einräumt, damit er seine Aufgaben wahrnehmen kann (...)»<sup>1328</sup>, werden aus der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA weitere, eigenständige Tatbestände abgeleitet, die zu einer Disziplinierung führen können.<sup>1329</sup> Massgebend ist, «(...) ob die zur Diskussion stehende Verfehlung über ihre Auswirkung im Einzelfall hinaus geeignet ist, das Vertrauen in Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft zu beeinträchtigen und damit

«(...) <redlich> sous-entendant que l'avocat doit toujours dire la vérité à l'égard de quiconque, alors que ce qui est en cause dans le cadre des règles professionnelles, ce sont les rapports entre l'avocat et son client.»

<sup>1326</sup> Vgl. a.M. wohl SCHILLER, N 1524. Siehe auch hinten N 506.

<sup>1327</sup> BGER, Urteil v. 6.9.2005, 2A.168/2005, E. 2.2.3 m.w.H.; vgl. FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 5a, N 12 ff.; FELLMANN, N 171, N 180 ff.

<sup>1328</sup> FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 14 (Hervorhebung unterdrückt); vgl. BGE 106 Ia 100, E. 6b; BOHNET/MARTENET, N 3328; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 36, N 44 f.; FELLMANN, N 182, N 220, N 237, N 239; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 11; a.M. SCHILLER, N 1631 ff.

<sup>1329</sup> Vgl. FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 12 ff., insb. N 14; FELLMANN, N 179 ff., insb. N 182; a.M. SCHILLER, N 1456 ff., N 1475, der sich dezidiert dagegen ausspricht, aus Art. 12 lit. a BGFA eigenständige Verhaltenspflichten für Anwälte abzuleiten; dazu die Entgegnung von FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 11 Fn. 89; vgl. auch BGER, Urteil v. 22.1.2004, 2A.191/2003, E. 7.4 m.w.H.: «(...) [C]elles-ci [les règles professionnelles] exigent de l'avocat non seulement de s'abstenir de procédés illégaux, mais également de ne pas user de moyens légaux d'une manière qui, dans le cas particulier, s'avère abusive, inadéquate ou disproportionnée (...)»; wohl zu weitgehend – jedenfalls unter Geltung des BGFA – BERNHART, S. 79 m.w.H. (Hervorhebungen hinzugefügt): «In den Berufsgesetzen erfolgt die rechtliche Relevanz *moralischer* Standards durch die Generalklausel der Gewissenhaftigkeit. Dadurch werden *ausserrechtliche Massstäbe* rechtlich verbindlich gemacht»; auch BOHNET/MARTENET, N 1235 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt): «Il en découle que l'avocat ne peut (...) tromper les juges (ou les parties adverses) (...) par des manœuvres procédurales certes licites mais condamnables *moralement* (...)»; a.M. SALUZ, S. 482: «Die Pflicht des Anwaltes zur ausschliesslichen einseitigen Wahrung der Klienteninteressen endet einzig an den Schranken der Rechtsordnung.»

die Funktion der Anwaltschaft im System der Rechtspflege zu stören.»<sup>1330</sup>  
In diesem Sinn wird von Anwälten ein allseits «korrektes Verhalten» erwartet.<sup>1331</sup>

- 506 Im vorliegenden Zusammenhang zu erwähnen ist zum einen, dass der Anwalt grundsätzlich *jegliches Verhalten* zu unterlassen hat, *das die Gefahr einer Beeinflussung von potentiellen Zeugen oder Sachverständigen zur Folge haben könnte*.<sup>1332</sup> Schon die Kontaktaufnahme mit entsprechenden Personen an sich kann sich demnach als tatbestandsmässig erweisen.<sup>1333</sup>
- 507 Zum anderen wird aufsichtsrechtlich auch als unzulässig angesehen, das Gericht «(...) durch *Auflage unrichtiger Beweismittel* über einen für die Beurteilung wesentlichen Sachverhalt irrezuführen (...)»<sup>1334</sup>. Dabei wird freilich versäumt, zu erklären, was «unrichtige Beweismittel» sind.<sup>1335</sup>

---

<sup>1330</sup> FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 12 m.H.a. EYLMANN, Komm.<sup>2</sup> BRAO, § 43 N 9 (Hervorhebung unterdrückt); vgl. FELLMANN, N 180; vgl. auch A. BAUER/PH. BAUER, CR LLCA, Art. 17 N 14; BOHNET/MARTENET, N 1165; LOEFFEL, N 12; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 6.

<sup>1331</sup> Vgl. Botschaft BGFA, S. 6054; vgl. auch BGE 130 II 270, E. 3.2; BGer, Urteil v. 22.1.2004, 2A.191/2003, E. 5.3; BGer, Urteil v. 4.5.2004, 2A.545/2003, E. 3; BGer, Urteil v. 19.10.2007, 2C\_177/2007, E. 5.1; BGer, Urteil v. 10.7.2008, 2C\_150/2008, E. 7.1.1; Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte LU, LGVE 2012, S. 111 ff., S. 112; BOHNET/MARTENET, N 1161; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 12, N 36; FELLMANN, N 179, N 220; LOEFFEL, N 12; VALTICOS, CR LLCA, Art. 12 N 6, N 34.

<sup>1332</sup> BGE 136 II 551, E. 3.2.1; BOHNET/MARTENET, N 1181; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 22; FELLMANN, N 193; vgl. a.M. SCHILLER, N 1540 ff., nach welchem allein entscheidend sein kann, ob eine strafbare Anstiftung zu falschem Zeugnis, zu falschem Gutachten oder zu falscher Übersetzung vorliegt; vgl. auch P. HAFER, N 2481 ff.

<sup>1333</sup> Zu den Voraussetzungen einer zulässigen Kontaktaufnahme vgl. BGE 136 II 551, E. 3.2; vgl. auch krit. – die Strafverteidigung betreffend – BERLINGER, S. 83 ff.; DELNON/RÜDY, S. 334 ff.; WOHLERS, Hauptverhandlung, S. 330; ZÜGER, S. 247 ff.; vgl. ferner SCHILLER, N 1540 ff.

<sup>1334</sup> FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 37a m.w.H. (Hervorhebung kursiv statt fett); vgl. FELLMANN, N 222; vgl. auch BOHNET/MARTENET, N 1235 (Hervorhebung hinzugefügt): «Il en découle que l'avocat ne peut (...) déposer des moyens de preuves qu'il sait *inexacts* ou *illégaux* (...)»; LOEFFEL, N 12 m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt): «Il [l'avocat] ne peut pas (...) déposer des moyens de preuves qu'il sait *faux* (...)»; a.M. SCHILLER, N 1601, der das Postulat als unhaltbar bezeichnet; vgl. ferner Aufsichtscommission ZH, ZR 2007, S. 170 f., S. 170 (Hervorhebung hinzugefügt): «Der Anwalt überschreitet die Grenze des Zulässigen dann, wenn er «positiv störend» in die Wahrheitsfindung eingreift oder die Rechtsordnung missachtet, indem er beispielsweise be-

### 3. Zwischenfazit

Der Umstand, dass ein Anwalt im Rahmen des untersuchten Verhaltens der Partei einen Straftatbestand oder einen Tatbestand des Zivilprozessrechts erfüllt, indiziert auch berufsrechtswidriges Verhalten. Aufgrund eigenständiger Tatbestände des Berufsrechts kann berufsrechtswidriges Verhalten aber auch vorliegen, ohne dass ein Straftatbestand oder ein Tatbestand des Zivilprozessrechts erfüllt wäre. Ob eine aufsichtsrechtliche Sanktion angezeigt ist, bleibt im Einzelfall zu prüfen. Dabei ist davon auszugehen, dass die drohende aufsichtsrechtliche Disziplinierung – die bis zu einem dauernden Berufsausübungsverbot mit Busse bis zu 20 000 Fr. gehen kann<sup>1336</sup> – das Potential hat, Anwälte weit härter zu treffen, als eine allfällige andere Sanktion. 508

### III. «Konkurrenzen»

Das untersuchte Verhalten kann gleichzeitig strafrechtliche, zivilprozessuale und – falls Anwälte als berufsmässige Vertreter involviert sind – berufsrechtliche Tatbestände erfüllen. Damit stellt sich die Frage, wie mit dieser Konkurrenz umzugehen ist. 509

Es dürfte herrschender Lehre und Rechtsprechung entsprechen, dass strafrechtliche, zivilprozessuale und aufsichtsrechtliche Sanktionen grundsätzlich unabhängig voneinander und nebeneinander verhängt werden können.<sup>1337</sup> 510

---

wusst Unwahreres vorbringt, *Beweisquellen trübt*, Zeugen beeinflusst, den Klienten zu falscher Aussage anhält oder dem Angeschuldigten zur Flucht verhilft»; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 38a; FELLMANN, N 225; a.M. SCHILLER, N 1591: «Im Rahmen der Verfahrensordnung darf der Anwalt, die Anwältin ein Gerichtsverfahren durchaus störend begleiten.»

<sup>1335</sup> Vgl. SCHILLER, N 1602.

<sup>1336</sup> Siehe vorn N 499.

<sup>1337</sup> Vgl. BGE 97 I 831, E. 2a; BGE 98 IV 86, E. 3; BGer, Urteil v. 6.9.2005, 2A.168/2005, E. 2.4.1, E. 2.7.1; A. BAUER/PH. BAUER, CR LLCA, Art. 17 N 25; BOHNET/MARTENET, N 1110, N 1142 f., N 1283; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 2; FELLMANN, N 165; FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 5, N 19 f., N 26, N 29 f.; GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 11, N 24; HALDY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Art. 128 CPC N 7; OBERHAMMER, KUKO ZPO, Art. 52 N 4; POLEDNA, ZK BGFA, Art. 17 N 22, N 25; A. STAEHELIN, ZK ZPO, Art. 128 N 9; R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 128 N 8; vgl. auch – für das BGG – AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzbürger/Fer-

Bereits verhängte Sanktionen sind bei der Wahl und Bemessung einer zusätzlichen Sanktion immerhin zu berücksichtigen.<sup>1338</sup> Allerdings gilt es zu beachten, dass es *allein* dem betreffenden Prozessgericht obliegt, das Verhalten des Anwalts zu disziplinieren, soweit «(...) ihm die Massregelung anhand der [nach ZPO] zur Verfügung stehenden Massnahmen möglich ist (...) [und] sich das anwaltschaftliche Fehlverhalten innerhalb des konkreten Prozessverlaufs abspielt»<sup>1339 1340</sup>.

## IV. Ergebnisse des 4. Kapitels

- 511 Unabhängig von der strafrechtlichen Sanktionierung des untersuchten Verhaltens, also insbesondere auch in denjenigen Konstellationen, die keiner strafrechtlichen Sanktionierung unterliegen, drohen der Partei und gegebenenfalls ihrem Vertreter zivilprozessuale Sanktionen – vorausgesetzt, sie werden ihres Fehlverhaltens überführt, bevor die Sache entschieden ist. Als folgenreich erweisen sich dabei die das untersuchte Verhalten der Partei oder ihres Vertreters *neutralisierenden* zivilprozessualen Sanktionen: So kann etwa eine bewusst unwahre Tatsachenbehauptung oder eine Bestreitung wesentlich wahrer Tatsachenbehauptungen als unbeachtlich taxiert werden, was – im vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Prozess – zufolge Behaup-

---

rari/Frésard/Aubry Girardin, Art. 33 LTF N 18, N 25; DONZALLAZ, N 511; HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 11, N 30, N 33.

<sup>1338</sup> Vgl. A. BAUER/PH. BAUER, CR LLCA, Art. 17 N 25; POLEDNA, ZK BGFA, Art. 17 N 25; vgl. auch BGE 135 IV 130, E. 5.2.1, E. 5.5; BGer, Urteil v. 6.9.2005, 2A.168/2005, E. 2.7.1.

<sup>1339</sup> Rekurskommission in Anwaltssachen des Kantons Thurgau, Entscheid v. 23.4.2012, E. 5c, abgedruckt bei E. STAEHELIN, S. 402 ff.

<sup>1340</sup> Vgl. VwGer BE, BVR 2007, S. 289 ff., S. 291 f., relativierend allerdings S. 294 f.; Aufsichtskommission ZH, ZR 2005, S. 234 ff., S. 235; BOHNET/MARTENET, N 1143; FELLMANN, ZK BGFA, Art. 12 N 44a; FELLMANN, N 238; GSCHWEND/BORNATICO, BSK ZPO, Art. 128 N 24; E. STAEHELIN, S. 406; STERCHI, BK ZPO I, Art. 115 N 6; R. WEBER, KUKO ZPO, Art. 128 N 4; a.M. wohl FREI, BK ZPO I, Art. 128 N 26; vgl. auch – zum BGG – a.M. wohl DONZALLAZ, N 511 m.H.a. BGer, Urteil v. 6.9.2005, 2A.168/2005, in welchem Entscheid es jedoch um das Verhalten in mehreren verschiedenen Gerichtsverfahren ging (vgl. a.a.O., Sachv. A); HÄRRI, BSK BGG, Art. 33 N 33 u.a. m.H.a. BGer, Urteil v. 23.1.2006, 2A.496/2005, E.3.3, in welchem Entscheid es womöglich ebenfalls um das Verhalten in mehreren verschiedenen Gerichtsverfahren ging (vgl. a.a.O., Sachv. B, E. 3.3, E. 3.5); VOCK, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Art. 33 BGG N 1.

tungs- bzw. Bestreitungslast regelmässig zum Prozessverlust führt. Oder ein Verhalten, das der beweisbelasteten Gegenpartei die Beweisführung erschwert, kann mit Beweiserleichterungen kompensiert werden.

Ist ein Anwalt als berufsmässiger Vertreter in das untersuchte Verhalten der Partei involviert, droht diesem – zusätzlich zu einer strafrechtlichen und zivilprozessualen Sanktionierung – eine aufsichtsrechtliche Sanktion, die bis hin zu einem dauernden Berufsausübungsverbot mit Busse bis zu 20 000 Fr. reichen kann. <sup>512</sup>



## 5. Kapitel: Prozessbetrug – de lege ferenda

PIECH schlägt am Ende ihrer Untersuchung zum Prozessbetrug im Zivilprozess für das deutsche Recht u.a. die Schaffung eines neuen Straftatbestands der «Falschen Parteibehauptung» vor.<sup>1341</sup> Vor dem Hintergrund der durch die vorliegende Studie gewonnenen Erkenntnisse ist ein solcher Vorschlag für das schweizerische Recht nicht angezeigt.

### I. Keine erhebliche Strafbarkeitslücke

Veranlasst zu ihrem Vorschlag sieht sich PIECH, weil «(...) sich de lege lata im Bereich der Täuschung des Gerichts durch die Prozeßpartei *erhebliche Strafbarkeitslücken* [ergeben]»<sup>1342</sup>. Geht man davon aus, dass es beim Strafrecht um den (verstärkten) Schutz von Rechtsgütern geht,<sup>1343</sup> setzte das Vorliegen einer Strafbarkeitslücke voraus, dass es einem schutzbedürftigen Rechtsgut an Schutz mangelt.

#### 1. Rechtsgut

Das untersuchte Verhalten als *Prozessbetrug* zu bezeichnen und nach Art. 146 StGB – der als Rechtsgut (ausschliesslich) das Vermögen schützt<sup>1344</sup> – zu bestrafen, impliziert, dass es sich dabei dem Wesen nach um einen Angriff auf das Vermögen handelt. Dieses Verständnis wird dem zugrundeliegenden Phänomen jedoch wenig gerecht. Das untersuchte Verhalten erscheint vielmehr in erster Linie als ein Angriff gegen den Zivilprozess als geordnetes Verfahren,<sup>1345</sup> das darauf gerichtet ist, das materielle Recht zu

---

<sup>1341</sup> PIECH, S. 223 f.

<sup>1342</sup> PIECH, S. 205 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. PIECH, S. 213 ff.

<sup>1343</sup> Vgl. BGE, Urteil v. 31.5.2001, 6P.43/2001, 6S.216/2001, E. 9a; vgl. auch – teilweise krit. – DONATSCH/TAG, S. 5 f.; HURTADO POZO, *Partie générale*, N 16 ff.; RIKLIN, § 4 N 4 Fn. 3; SEELMANN, S. 4 ff.; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 3 N 6 ff.; TRECHSEL, *Allgemeiner Teil I*, S. 25 f.

<sup>1344</sup> Vgl. nur BGE 122 IV 197, E. 2c m.H.a. BOOG, *Vermögensschaden*, S. 7 f. Siehe auch vorn N 84.

<sup>1345</sup> Vgl. PIECH, S. 209 ff., S. 225.

verwirklichen und den Rechtsfrieden zu sichern,<sup>1346</sup> weshalb es nicht schlüssig erscheint, wenn eine Bestrafung für die (drohende) Verletzung dieses Rechtsguts davon abhängen soll, ob mit dieser eine (drohende) Verletzung des Vermögens einhergeht oder nicht.<sup>1347</sup> PIECH ist also insofern zuzustimmen, als ein Straftatbestand – wollte man denn einen solchen einführen – entsprechend «(...) von den Vermögensdelikten gelöst als Delikt gegen die Rechtspflege zu formulieren»<sup>1348</sup> wäre.

## 2. Strafrechtlicher Schutz

- 516 Inwiefern die Rechtsordnung ein Gut schützen *soll*, bleibt letztlich eine rechtspolitische Frage, deren Beantwortung so oder anders ausfallen kann.<sup>1349</sup> Es steht ausser Frage, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, den Zivilprozess als geordnetes Verfahren, das darauf gerichtet ist, das materielle Recht zu verwirklichen und den Rechtsfrieden zu sichern,<sup>1350</sup> rechtlich zu schützen. Eine andere Frage ist aber, ob und, wenn ja, inwieweit ein Rechtsgut *strafrechtlich* geschützt werden soll.<sup>1351</sup> Als Leitlinie gilt, dass «(...) im Rechtsstaat nur die schwersten sozialschädlichen Rechtsgüterverletzungen pönalisiert werden [sollen und dürfen], denen gegenüber anderweitiger Rechtsschutz nicht ausreicht»<sup>1352</sup>. Anders gewendet, (auch) die

---

<sup>1346</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 50; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.1 ff.; A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 2, N 4; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 1. Kap. N 15 ff.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, N 1 ff.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 1 N 1; vgl. BGE 115 II 187, E. 3b; vgl. auch krit. WILLISEGGER, S. 85 f.

<sup>1347</sup> Vgl. PIECH, S. 219; vgl. auch BGE 78 IV 84, E. 2.

<sup>1348</sup> PIECH, S. 216; vgl. PIECH, S. 219.

<sup>1349</sup> Vgl. HOFSTETTER, N 355 («gesellschaftspolitische Frage»); G. MÜLLER/UHLMANN, N 283; vgl. auch DONATSCH/TAG, S. 5 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 2 N 12; TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 26 ff.

<sup>1350</sup> Siehe vorn Fn. 1346.

<sup>1351</sup> Vgl. HOFSTETTER, N 355 f., der zwischen der (vorgelagerten) Frage der Notwendigkeit neuer Regulierungen und der (nachgelagerten) Frage der verhältnismässigen Ausgestaltung neuer Regulierungen streng unterscheidet.

<sup>1352</sup> TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 28; vgl. DONATSCH/TAG, S. 5; PH. GRAVEN/STRÄULI, S. 9 ff.; HURTADO POZO, Partie générale, N 37 ff.; RIKLIN, § 4 N 6 ff.; SEELMANN, S. 6 f.; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 3 N 14; vgl. aber auch krit. NIGGLI, Ultima Ratio, S. 236 ff.



strafrechtliche Gesetzgebung sollte in Bezug auf die Rechtsgüter, deren Schutz von der Rechtsordnung angestrebt wird, *verhältnismässig* sein.<sup>1353</sup>

## A. Eignung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sei nicht in Frage gestellt,<sup>1354</sup> dass Straf- 517 drohungen und Strafen allgemein *geeignet* sind, Menschen von bestimmtem Verhalten abzuhalten und entsprechendes Verhalten zu vergelten.<sup>1355</sup> Mithin darf davon ausgegangen werden, dass auch die Schaffung eines neuen Straftatbestands zum Schutz des Zivilprozesses als geordnetes Verfahren allgemein gesehen geeignet wäre, das Rechtsgut zu schützen, dessen Schutz angestrebt wird.

PIECH schwebt konkret die Schaffung eines neuen Straftatbestands der «Fal- 518 schen Parteibehauptung» vor: «Wer als Partei, Vertreter der Partei oder sonstiger Beteiligter in einem zivilgerichtlichen Verfahren oder zur Einleitung eines solchen wider besseres Wissen eine unwahre Tatsache behauptet, um eine unrichtige, für den Prozeßgegner oder einen Dritten nachteilige Entscheidung zu bewirken, wird ... bestraft. Ebenso wird bestraft, wer als Partei, Vertreter einer Partei oder sonstiger Beteiligter eine unwahre Tatsache durch einen Vertreter oder einen sonstigen Beteiligten in einem zivilgerichtlichen Verfahren behaupten läßt, um eine unrichtige, für den Prozeßgegner oder einen Dritten nachteilige Entscheidung zu bewirken.»<sup>1356</sup> Solches Verhalten stellt fraglos eine Verletzung – insbesondere auch der Schweizerischen – Zivilprozessordnung dar. Die Schaffung des von PIECH vorgeschlagenen Straftatbestands wäre mit anderen Worten geeignet, das Rechtsgut, dessen Schutz angestrebt wird, zu schützen.

## B. Erforderlichkeit und Zumutbarkeit

Meistens dreht sich die Diskussion zur Schaffung neuer Straftatbestände im 519 Kern um die Frage, ob diese *erforderlich* und *zumutbar* sind,<sup>1357</sup> d.h. ob kei-

<sup>1353</sup> Vgl. TRECHSEL, Allgemeiner Teil I, S. 28; vgl. auch HÄFELIN/G. MÜLLER/UHLMANN, N 585; G. MÜLLER/UHLMANN, N 281 ff.; HOFSTETTER, N 213 f., N 218 f., N 347 ff.

<sup>1354</sup> Vgl. dazu allgemein eingehend HOFSTETTER, N 373 ff.

<sup>1355</sup> Vgl. nur STRATENWERTH, Allgemeiner Teil I, § 2 N 15 ff.

<sup>1356</sup> PIECH, S. 224.

<sup>1357</sup> Vgl. HOFSTETTER, N 375 e contrario: «Die Geeignetheit der meisten gesetzgeberischen Massnahmen ist denn auch unumstritten, sei es, weil sie den Anforderungen an die Ge-

ne milderer Mittel bestehen, um das Ziel zu erreichen, bzw. ob der Einsatz strafender Sanktionen in einem vertretbaren Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.<sup>1358</sup> Diese Bewertung ist nur schwer objektivierbar<sup>1359</sup> und bleibt im Grunde weitgehend «(...) ein auf unsicheren Prognosen beruhender, wesentlich von politischen Wertungen geprägter Abwägungsprozess»<sup>1360</sup>.

**a) *Vorschlag Piech***

- 520 PIECH leitet für das deutsche Recht ein de lege lata unbefriedigtes Strafbedürfnis daraus ab, dass «(...) die Rechtspflege nicht allein durch falsche Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen und falsche eidliche Aussagen einer Partei gefährdet [wird], sondern ebenso durch jedes unwahre Parteivorbringen»<sup>1361</sup>. Dem kann – jedenfalls für das schweizerische Recht – nicht gefolgt werden: Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, grundsätzlich darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Sie müssen also Tatsachen behaupten (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO), können aber auch Tatsachenbehauptungen bestreiten (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Widersprüchliche und damit auch unwahre Parteivorbringen sind dem Zivilprozess mithin inhärent. Sie gefährden den Zivilprozess nicht, vielmehr sind sie Teil desselben. Diesem Umstand wird grundsätzlich durch das vorgesehene Beweisverfahren genügend Rechnung getragen.<sup>1362</sup>

---

eignetheit tatsächlich genügen oder aber zumindest nicht [unter dem Gesichtspunkt der Eignung] angefochten werden.»

<sup>1358</sup> Vgl. G. MÜLLER/UHLMANN, N 281.

<sup>1359</sup> Vgl. HOFSTETTER, N 379 f.

<sup>1360</sup> G. MÜLLER/UHLMANN, N 285 m.w.H.

<sup>1361</sup> PIECH, S. 213.

<sup>1362</sup> Vgl. auch Minderheit OGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 47 f. (Hervorhebungen hinzugefügt/unterdrückt): «Im Zivilprozeßverfahren sind eben die Erklärungen der Parteien anders zu bewerten als im gewöhnlichen Privatverkehr, denn sie unterliegen ja einerseits der *Kontrolle und Korrektur durch den Prozeßgegner* und andererseits der *Überprüfung durch den Richter*. Es ist daher die Gefahr, daß falsche Erklärungen als wahr hingenommen werden, im Zivilprozeßverfahren zum guten Teile ausgeschaltet»; VON CLERIC, S. 144 (Hervorhebungen unterdrückt): «Betrachten wir zunächst die Parteibehauptungen, wie sie in den Sachvorträgen und auf Grund des richterlichen Fragerechtes (...) – ohne Rücksicht auf das Institut der persönlichen Befragung – ergehen, so ist einmal gleich ersichtlich, daß gerade sie am allermeisten im Zeichen des Streites stehen; aber auch im Zeichen der formellen Wahrheit, da nicht bestrittene Behauptungen als zugestanden gelten. Betrachten wir weiter, daß der Richter regelmäßig – wenn auch im Hinblick auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung nicht notwendig – auf diese Tatsachen

PIECH begründet ihren Vorschlag zur Schaffung eines neuen Straftatbestands der «Falschen Parteibehauptung» des Weiteren damit, dass die wesentliche Sanktion eines Verstosses gegen die in § 138 Abs. 1 ZPO/D normierte zivilprozessuale Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht – die Nichtberücksichtigung des bewusst unwahren Vorbringens im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 I ZPO/D – «(...) nicht geeignet [ist], die Parteien und deren Vertreter, insbesondere deren Prozeßbevollmächtigte, von einer «Prozeßlüge» abzuhalten»<sup>1363</sup>. Auch diesbezüglich kann der Meinung PIECHS – jedenfalls für das schweizerische Recht – nicht zugestimmt werden. Zum einen scheint die Wahrheitspflicht im deutschen Zivilprozess einen wesentlich höheren Stellenwert zu geniessen als im schweizerischen Zivilprozess. Eine Vollständigkeitspflicht ist dem schweizerischen Recht überhaupt fremd. Der Stellenwert der Wahrheitspflicht im schweizerischen Zivilprozess vermag für die «Prozesslüge» allein keine strafrechtliche Intervention zu rechtfertigen. Die Gegenpartei selbst kann der «Prozesslüge» mit der Bestreitung bzw. mit dem Beweisantritt entgegentreten. Ausserdem drohen einschneidende zivilprozessuale und aufsichtsrechtliche Sanktionen. Diese erscheinen durchaus auch als geeignet, die Parteien und deren Vertreter von der «Prozesslüge» abzuhalten.

Dem weiteren Argument PIECHS, dass eine zivilprozessuale oder aufsichtsrechtliche Sanktionierung am erforderlichen Nachweis der «Prozesslüge» scheitern könne, während eine strafrechtliche gelinge, weil im Strafprozess weitere Erkenntnisquellen zur Verfügung stünden,<sup>1364</sup> kann entgegengehalten werden, dass eine strafrechtliche Sanktionierung durch die strafrechtlichen Verfahrensgarantien, insbesondere den Grundsatz «*in dubio pro reo*», Anforderungen genügen muss, die so in Verfahren um eine zivilprozessuale oder – jedenfalls soweit es nicht um eine (hohe) Busse oder ein Berufsverbot geht – aufsichtsrechtliche Sanktionierung keine Entsprechung haben.<sup>1365</sup> Auch

---

bei bloßer Bestreitung nicht mehr entscheidend abstellt, und daß es der Gegenpartei infolge des Grundsatzes des rechtlichen Gehöres ermöglicht wird, der Verhandlung beizuwohnen und durch bloße Bestreitung die gegnerische Behauptung aus dem Wege zu räumen, so ist nicht mehr ersichtlich, warum dieses Gebiet der Parteibehauptungen einer Strafsanktion zum Schutze von Treu und Glauben unterstehen soll, um so weniger, als die Partei gar nicht damit rechnet, daß der Gegner einseitig die Wahrheit sage.»

<sup>1363</sup> PIECH, S. 214; vgl. PIECH, S. 213 ff.

<sup>1364</sup> PIECH, S. 214.

<sup>1365</sup> Vgl. BGE 128 I 346, E. 2.3; BGer, Urteil v. 22.5.2008, 2C\_344/2007, E. 1.3; BGer, Urteil v. 23.10.2008, 2C\_407/2008, E. 3.5; VwGer ZH, Entscheid v. 26.8.2010,

PIECH selbst räumt ein, dass für die von ihr vorgeschlagene strafrechtliche Sanktionierung der – strafprozessrechtsgenügende – Nachweis der «Prozesslüge» nur selten zu erbringen sein dürfte.<sup>1366</sup>

- 523 Nach PIECH wäre schliesslich auch «(...) nicht zu befürchten, daß durch die Einführung eines Delikts der falschen Parteibehauptung in das StGB[/D] eine redliche Partei von der Verfolgung der ihr zustehenden Rechte abgehalten wird»<sup>1367</sup>. Das mag so sein, ändert aber nichts an der Gefahr, dass ein neuer Straftatbestand einer unredlichen Partei ermöglichen könnte, den Zivilprozess mit unbegründeten Strafanzeigen zu behindern. Nach Art. 126 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann der Zivilprozess namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Ein pendentes Strafverfahren, in dem das Verhalten einer Partei im Zivilprozess strafrechtlich beurteilt wird, gäbe dem Gericht einen guten Grund, den betreffenden Zivilprozess zu sistieren, anstatt Gefahr zu laufen, auf ein späteres Revisionsgesuch hin einen Entscheid aufheben und die Sache neu entscheiden zu müssen<sup>1368</sup> – zumal der frühere Entscheid bis zu dessen Aufhebung rechtskräftig und grundsätzlich vollstreckbar bleibt (vgl. Art. 328 ff., insbesondere Art. 331 ZPO).

#### **b) Eigene Stellungnahme**

- 524 Dass das Ziel des Zivilprozesses, das materielle Recht zu verwirklichen, immer wieder verfehlt wird, ist unvermeidlich nicht nur angesichts des Unvermögens, die rechtserheblichen Tatsachen immer festzustellen,<sup>1369</sup> sondern auch angesichts der im Zivilprozess geltenden Prozessgrundsätze.<sup>1370</sup> Nach dem *Dispositiongrundsatz* darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Das materielle Recht wird damit

---

VB.2010.00308, E. 3.2.2; A. BAUER/PH. BAUER, CR LLCA, Art. 17 N 27, N 67, N 71; JAAG, N 23.91 f.; POLEDNA, ZK BGFA, Art. 17 N 7 f.; UHLMANN, S. 441 f.

<sup>1366</sup> PIECH, S. 214 f.

<sup>1367</sup> PIECH, S. 214; vgl. PIECH, S. 215.

<sup>1368</sup> Vgl. a.M. PIECH, S. 215.

<sup>1369</sup> BEGLINGER, S. 469. Siehe auch vorn N 151.

<sup>1370</sup> Vgl. bereits Minderheit OGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 48: «Aus Gründen, die hier nicht zu erörtern sind, hat der Gesetzgeber für die Rechtsfindung der Zivilgerichte bestimmte Regeln aufgestellt, namentlich über das Beweisverfahren, trotzdem ihm wohl bekannt war, daß diese Regeln nicht immer das Obsiegen des materiellen Rechtes sichern.»

nicht in jedem Fall verwirklicht. Nach dem *Verhandlungsgrundsatz* hat das Gericht den Sachverhalt aufgrund der von den Parteien dargelegten Tatsachen und der von den Parteien angegebenen Beweismittel festzustellen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auch unzureichende Prozesshandlungen der Parteien können somit der Verwirklichung des materiellen Rechts im Weg stehen.<sup>1371</sup> Mitnichten geht es im konkreten Zivilprozess also immer um die Verwirklichung des materiellen Rechts und die Suche nach der materiellen Wahrheit als deren Voraussetzung. Dann aber scheint es fragwürdig, die Wahrheit im Zivilprozess mit allen, d.h. insbesondere mit strafrechtlichen Mitteln schützen zu wollen.<sup>1372</sup>

Seine Überzeugung der Wahrheit bildet sich das Gericht nach freier Würdigung der *Beweise* (Art. 157 ZPO) – und überhaupt nur dann.<sup>1373</sup> Allein die Beweismittel scheinen deshalb das Potential zu haben, das Streben des Zivilprozesses nach Verwirklichung des materiellen Rechts und nach Sicherung des Rechtsfriedens in einem Mass zu gefährden, das nach strafrechtlichem Schutz rufen könnte.<sup>1374</sup> 525

<sup>1371</sup> BEGLINGER, S. 469; vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 5. Kap. N 14; WILLISEGGER, S. 85 f.

<sup>1372</sup> Vgl. auch VON CLERIC, S. 143 (Hervorhebungen unterdrückt): «Wenn der Staat den rechtsuchenden Bürger mit seinem Ansprüche zum guten Teile in das Treffen der formellen Wahrheit schickt und damit selbst vom Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung und somit auch von einer ausschlaggebenden Beobachtung der Regeln von Treu und Glauben abkommt, kann er auf der anderen Seite nicht verlangen, daß nun der Bürger sein alles tue, um der materiellen Wahrheit zum Siege zu verhelfen.»

<sup>1373</sup> Siehe vorn N 148, N 151 f.

<sup>1374</sup> Vgl. bereits StGer BS, Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt, Fünfter Band (1926–1930), S. 167 f., S. 168: «Eine Täuschung des Richters ist, jedenfalls in der Regel, nicht schon durch bloss einseitige Parteibehauptungen möglich, da das Urteil nur auf den *erwiesenen* Sachverhalt gestützt werden darf. (...) In der wissentlichen Aufstellung unwahrer Behauptungen ist die Prozesspartei [strafrechtlich] frei, nicht hingegen aber im Einlegen von falschen Beweismitteln»; Minderheit OGer ZH, ZR 1916, S. 45 ff., S. 48: «Eine wirkliche Irrtumserregung» beim Richter im Sinne des § 191 Str.-G.-B. kann nur da eintreten, wo eine Partei falsche Beweismittel – also z.B. falsche Urkunden – verwendet, die Anspruch darauf haben, vom Richter nicht als bloße, überprüfungsbedürftige Parteibehauptungen, sondern als feststehende, der richterlichen Überprüfung nicht mehr bedürftige Tatsachen hingenommen zu werden»; GRÜNHUT, S. 46 f.: «So gewiss ein Prozessrecht nach dem Bilde eines echten Rechtsstreits gestaltet werden muss, so bedarf es der Garantien gegen den Missbrauch prozessualer Parteirechte. Sie zu verbürgen, dazu ist – gewiss nicht allein, aber zu seinem Teil auch – das Strafrecht berufen. Dieser strafrechtliche Schutz gilt in erster Linie der Wahrheit der Urteilsgrundlage»; WAIBLINGER, Rechtsprechung 1952,

- 526 Wegen ihres Beweiswerts werden de lege lata denn auch einzelne Beweismittel strafrechtlich geschützt. Am klarsten wird das für die Urkunde zum Ausdruck gebracht: «Die Tatbestände des Urkundenstrafrechts schützen das Vertrauen, welches im Rechtsverkehr einer Urkunde als einem Beweismittel entgegengebracht wird (...).»<sup>1375</sup> Es fällt aber auch auf, dass sich der strafrechtliche Schutz gerade in Bezug auf die Urkunde als nicht umfassend erweist, und für den Augenschein bzw. das Augenscheinsobjekt und die Parteibefragung überhaupt kein strafrechtlicher Schutz besteht. Der fragmentarische Charakter des strafrechtlichen Schutzes der Beweismittel lässt sich damit erklären, dass das Vertrauen, das den Beweismitteln allgemein entgegengebracht wird, faktisch variiert.<sup>1376</sup>
- 527 Der Urkunde etwa wird insoweit *besonderes Vertrauen* entgegengebracht, als der erkennbare Aussteller dem wirklichen entspricht. Inhaltlich wird ihr dann besonderes Vertrauen entgegengebracht, «(...) wenn allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen»<sup>1377</sup>.

---

S. 104: «Der Prozessbetrug durch Täuschung des Zivilrichters ist aber ohnehin nur durch das Mittel der Verfälschung der Beweisführung möglich; denn nur auf diese darf der Richter beim Urteilen abstellen»; VON CLERIC, S. 144 (Hervorhebungen unterdrückt): «Die Sachentscheidung wird nun in erster Linie herbeigeführt durch das Beweisverfahren. Beweisen heißt «den Richter nötigen, eine Tatsache als wahr oder als nicht wahr anzusehen» (...). Dieser Umstand, in Verbindung mit der Tatsache, daß der Richter auf die Beweismittel regelmäßig entscheidend abstellt und daß bei einer Fälschung von Beweismitteln die Gegenpartei mithin direkt in ihren materiellen Rechten getroffen wird, läßt die Produktion unechter Beweismittel von vornherein als Verstoß gegen die Regeln von Treu und Glauben erscheinen, mag auch diese Produktion in einem Streitverfahren erfolgen»; WALDER, Prozessbetrug, S. 110 (Hervorhebung unterdrückt): «Das Schweizerische Strafgesetzbuch, das in [a]Art. 148 StGB nicht eine gewöhnliche, sondern eine arglistige Lüge, ein Täuschungsmanöver, voraussetzt, erleichtert die angestrebte Differenzierung zwischen der (straflosen) gewöhnlichen Parteilüge und dem (strafbaren, womöglich mit falschen Beweismitteln gestützten) Täuschungsmanöver erheblich.»

<sup>1375</sup> BGE 137 IV 167, E. 2.3.1 m.w.H. Siehe auch vorn N 334.

<sup>1376</sup> Vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER, § 35 N 19 (Hervorhebung unterdrückt): «Bei den Urkundendelikten geht es (...) nicht allgemein um die Beweismittelfälschung, sondern um einen Angriff auf das erhöhte Vertrauen, das die Urkunde genießt.»

<sup>1377</sup> BGE 138 IV 130, E. 2.1.

Soweit einer Urkunde mithin faktisch erhöhte Beweiskraft zuerkannt wird,<sup>1378</sup> ist sie strafrechtlich geschützt.

In den Belehrungen, die dem Zeugen, der Partei bei der Beweisaussage und dem Sachverständigen zur Kenntnis zu bringen sind, existieren ebenso objektive Garantien für die inhaltliche Richtigkeit des entsprechenden zivilprozessualen Beweismittels.<sup>1379</sup> Folglich wird auch ihnen faktisch erhöhte Beweiskraft zuerkannt, weshalb sie strafrechtlich geschützt sind.

Für die Parteibefragung ist demgegenüber davon auszugehen, dass die vorgesehene Belehrung keine ausreichende allgemeingültige Garantie für die inhaltliche Richtigkeit darstellt, die besonderes Vertrauen weckt. Dasselbe gilt für den Augenschein bzw. das Augenscheinobjekt,<sup>1380</sup> soweit es nicht überhaupt schon an einem Inhalt i.S. einer menschlichen Gedankenerklärung fehlt, für dessen Wahrheit objektive Garantien Gewähr leisten könnten. Sie sind deshalb auch nicht strafrechtlich geschützt.

Somit erscheint der bestehende strafrechtliche Schutz der Beweismittel dem Vertrauen, das ihnen im Einzelfall als solche entgegengebracht wird, als angemessen. Eine Ausdehnung ist nicht ins Auge zu fassen.

## II. Fazit

Das einleitend anhand einzelner Praxisbeispiele veranschaulichte, gemeinhin als «Prozessbetrug» bezeichnete Phänomen – im Wesentlichen eine Täuschung des Gerichts durch die Partei oder ihren Vertreter – hat einerseits die Fragen aufgeworfen, ob und, wenn ja, wie de lege lata darauf reagiert werden kann, und andererseits die Frage, ob es daran etwas zu ändern gilt.<sup>1381</sup>

<sup>1378</sup> Vgl. BOOG, BSK StGB I, Art. 110 Abs. 4 N 6 (Hervorhebung hinzugefügt): «(...) [I]m schweizerischen Recht [geniessen] nicht nur öffentliche, sondern auch private Urkunden im Hinblick auf ihre inhaltliche Richtigkeit jedenfalls insoweit Schutz, als der in ihr beurkundeten rechtlich erheblichen Tatsache erhöhte Glaubwürdigkeit, mithin *faktisch erhöhte Beweiskraft* zuerkannt wird (...)); vgl. auch WALDER, Falschbeurkundung, S. 71.

<sup>1379</sup> Vgl. BGE 103 IV 27, E. 10a.

<sup>1380</sup> Vgl. auch HASSELBERG, S. 139 ff.

<sup>1381</sup> Siehe vorn N 40 f.

- 532 Die Untersuchung hat zunächst gezeigt, dass eine Bestrafung der Partei oder ihres Vertreters nach Art. 146 StGB – entgegen der herrschenden Meinung – auszuschliessen ist, weil es an der für den Betrug wesentlichen Selbstschädigung fehlt.<sup>1382</sup> In zahlreichen, für das Phänomen typischen Konstellationen sind indes andere Straftatbestände, insbesondere Urkundendelikte und Rechtspflegedelikte erfüllt.<sup>1383</sup>
- 533 Es hat sich weiter gezeigt, dass das untersuchte Verhalten sowohl zivilprozessual als auch – soweit Rechtsanwälte als berufsmässige Vertreter involviert sind – aufsichtsrechtlich sanktioniert ist.<sup>1384</sup>
- 534 Vor diesem Hintergrund kommt die Untersuchung zum Schluss, dass sich eine Änderung der bestehenden Sanktionierung des untersuchten Verhaltens nicht aufdrängt.<sup>1385</sup>

---

<sup>1382</sup> Siehe vorn N 44 ff.

<sup>1383</sup> Siehe vorn N 318 ff.

<sup>1384</sup> Siehe vorn N 452 ff.

<sup>1385</sup> Siehe vorn N 513 ff.



## Lebenslauf

Stephan Ebnetter, geboren am 27. Juli 1982 in St. Gallen, von Appenzell AI

Primarschule, Appenzell	1989–1995
Gymnasium St. Antonius, Appenzell	1995–2001
Studium der Physik, ETH Zürich	2001–2002
Studium der Rechtswissenschaft, Universität Luzern	2002–2007
Praktikant, Bezirksgericht Arbon	2007
Auditor, Untersuchungsamt St. Gallen der Staatsanwaltschaft St. Gallen	2007–2008
Rechtspraktikant, Anwaltskanzlei DAVID KAUFMANN SCHERRER LINDEGGER BÜSSER KÜHNE, St. Gallen	2008–2009
Fahrradkurier, die Fliege Velokurier St. Gallen GmbH	2009–2010
Erteilung des Anwaltspatents, St. Gallen	2010
Ausserordentlicher Gerichtsschreiber, Bezirksgericht Arbon	2010
Programm «Teaching Skills», Universität Zürich	2011–2013
Lehraufträge für Strafrecht und Juristische Arbeitstechnik, Universität Zürich	2011–2013
Wissenschaftlicher Assistent, Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich	2011–2014
Doktorat der Rechtswissenschaft, Universität Zürich	2011–2016